

Zürcher Studien zum öffentlichen Recht

207

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von A. Auer, G. Biaggini, O. Diggelmann, T. Gächter,
A. Griffel, T. Jaag, C. Kaufmann, H. Keller, R. Kiener, A. Kley,
M. Simonek, F. Uhlmann

Sabine Steiger-Sackmann

Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz

**Rechtliche Möglichkeiten
zur Verbesserung der Prävention**

Schulthess § 2013

Zürcher Studien zum öffentlichen Recht

Diese Reihe setzt zusammen mit den

Zürcher Studien zum Privatrecht

Zürcher Studien zum Strafrecht

Zürcher Studien zum Verfahrensrecht

Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte

Zürcher Studien zur Rechts- und Staatsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie

die Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft fort.

Abdruck der der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich vorgelegten Dissertation.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2013
ISBN 978-3-7255-6756-0

www.schulthess.com

© Fotografie: Pitopia, Thomas Siegmund, 2010

Vorwort

Wenn in meinem privaten Umfeld die Rede auf das Thema meiner Dissertation gekommen war, wurden mir erschreckend viele Klagen über psychisch belastende Arbeitsbedingungen zugetragen. Im Gespräch mit Personalverantwortlichen nahm ich andererseits auch den Druck und die Rollenkonflikte wahr, denen sie Stand zu halten haben. Es war motivierend, an einem Thema zu arbeiten, das eine gewisse Praxisrelevanz zu haben scheint.

Nachdem ich über zwei Jahrzehnte Erfahrungen als selbständig Erwerbstätige gesammelt hatte und für ein kleines Team einer Anwaltskanzlei als Arbeitgeberin verantwortlich gewesen war, stellte ich mich vor ein paar Jahren der Herausforderung als Arbeitnehmerin in einem Grossbetrieb. Diese verschiedenen Rollen (wie auch meine schon lange zurück liegende Mitarbeit in der Eidgenössischen Arbeitskommission als Vertreterin der Frauenorganisationen) haben meinen Blick für den Arbeitsschutz geschärft.

Meine Arbeitgeberin, die Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, hat mir eine zeitweilige Pensumsreduktion ermöglicht. Dadurch konnte ich mir den Luxus leisten, frei von Drittmittel-Rechtfertigungsdruck den Versuch zu wagen, einen juristischen Beitrag zur Verbesserung der psychischen Situation an Arbeitsplätzen in der Schweiz beizusteuern.

Allen voran danke ich meinem Partner Simon Neuhaus, der mein Vorhaben von Anfang an vorbehaltlos unterstützt hat und mir den Rücken von allem Alltagskram freigehalten hat. Prof. Dr. Thomas Gächter hat mir als Doktorvater entscheidende Tipps gegeben, mir aber auch die mir dienliche «lange Leine» belassen, und Prof. Dr. Roland A. Müller hat spontan das Zweitgutachten übernommen. Meinen Kolleginnen und Kollegen aus dem Zentrum für Sozialrecht danke ich, dass sie mir immer wieder Impulse vermittelt haben. Ein besonderer Dank gebührt meinem betagten Vater, der die Arbeit auf sprachliche und orthographische Mängel hin durchgesehen hat. Meiner ehemaligen Studienkollegin und Freundin Claudia Kaufmann bin ich sehr dankbar, dass sie mich auf dem Hintergrund ihrer grossen beruflichen und menschlichen Erfahrung durch kritische Feedbacks herausgefordert und angespornt hat.

Dieses Werk widme ich meinen Kindern Rebekka, Noemi und David und Allen, die sich noch viele Jahre in der Arbeitswelt zu bewähren haben. Mögen sie dereinst erfüllt und gesund ihr Berufsleben abschliessen können.

Winterthur, Ende Oktober 2012

Sabine Steiger-Sackmann

Inhaltsübersicht

Teil 1: Ausgangslage	7
§ 1 Zwei Leiturteile	7
§ 2 Arbeitsschutz	12
§ 3 Öffentlichrechtlicher Gesundheitsschutz	24
§ 4 Privatrechtliche Fürsorgepflicht	50
§ 5 Zwischenstand	57
Teil 2: Konkretisierung	59
§ 1 Rechtspolitische Begründung	59
§ 2 Schutzziel	69
§ 3 Erklärungsmodelle	86
§ 4 Arbeitsbelastungen	93
§ 5 Wirkungszusammenhänge	132
§ 6 Messbarkeit	140
§ 7 Prävention	152
§ 8 Bewertung der Konkretisierungsversuche	187
Teil 3: Selbstregulierung	191
§ 1 Einleitung	191
§ 2 Gefährdungsbeurteilung	192
§ 3 Kollektives Arbeitsrecht	199
Teil 4: Vollzug des Arbeitsgesetzes	211
§ 1 Organisation	211
§ 2 Finanzierung	218
§ 3 Methoden	227

Teil 5: Verbesserungen im Zivilrecht	249
§ 1 Einleitung	249
§ 2 Durchsetzung von Präventionsmassnahmen	252
§ 3 Verschärfung der Haftung	264
§ 4 Bewertung	278
 Teil 6: Anpassungen im Sozialversicherungsrecht	281
§ 1 Einleitung	281
§ 2 Regress von Sozialversicherungen	283
§ 3 Anerkennung als Berufskrankheit	285
 Schluss	299
 Anhänge	303
 Sachregister	313

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Literaturverzeichnis	XXIX
Einleitung	1
A. Anlass für die Untersuchung	1
B. Forschungsthema	2
C. Gang der Untersuchung	4
Teil 1: Ausgangslage	7
§ 1 Zwei Leiturteile	7
A. Öffentlichrechtlicher Arbeitsschutz	7
B. Privatrechtliche Fürsorgepflicht	8
C. Zusammenfassung und Ausblick	10
§ 2 Arbeitsschutz	12
A. Primäre Verantwortung der Arbeitgebenden	12
B. Beteiligung der Arbeitnehmenden	13
I. Im Betrieb	13
II. Überbetriebliche Ebene	14
C. Beizug von Fachleuten	15
D. Behördliche Durchsetzung	16
I. Verfahren	16
II. Zwangsmassnahmen und Sanktionen	17
III. Durchsetzung je nach Risiko	19
1. Vollzug betreffend Berufskrankheiten	19
2. Vollzug betreffend Berufsunfälle	20
3. Vollzug betreffend physische und psychische Risiken	20
IV. Vollzug durch Bund und Kantone	21
V. Kooperation unter den Behörden	22

§ 3	Öffentlichrechtlicher Gesundheitsschutz	24
A.	Einleitung	24
B.	Gesundheitsschutz	24
I.	Materielle Bestimmungen	24
1.	Arbeitsgesetz	24
2.	Verordnung über die Gesundheitsvorsorge	27
3.	Wegleitung zur Verordnung 3	29
4.	Merkblätter	31
II.	Aufzeichnungspflicht	32
III.	Geltungsbereich von Art. 6 ArG	33
C.	Arbeitszeitvorschriften	34
I.	Wichtigste materielle Bestimmungen	34
II.	Aufzeichnungspflicht	36
D.	Verfassungsrechtliche Verankerung	37
E.	Völkerrechtliche Bindungen	38
I.	Uno-Pakt I	38
II.	Übereinkommen der IAO	39
1.	Ratifikationen durch die Schweiz	39
2.	Übereinkommen zum Gesundheitsschutz	40
3.	Übereinkommen betreffend die Aufsicht	42
III.	Erlasse des Europarates	42
F.	Nachvollzug des Rechts der Europäischen Union	44
G.	Selbständige	47
H.	Beurteilung und Probleme	48
§ 4	Privatrechtliche Fürsorgepflicht	50
A.	Materielles Recht	50
B.	Rechtsdurchsetzung	54
§ 5	Zwischenstand	57
Teil 2:	Konkretisierung	59
§ 1	Rechtspolitische Begründung	59
A.	Rechtsverwirklichung	59
B.	Verfassungsmässigkeit	61

C. Empirische Belege.....	63
I. ESENER-Studie	63
II. Sozialwissenschaft.....	65
D. Zwischenstand.....	68
§ 2 Schutzziel	69
A. Risiko	69
B. Gesundheit.....	70
I. Begriff	70
II. Beeinträchtigungen der Gesundheit.....	73
C. Persönliche Integrität.....	76
I. Begriff	76
II. Verletzung	78
D. Arbeitsplatz	80
E. Zu schützender Personenkreis	81
I. Grundsatz	81
II. Besonders Schutzbedürftige	83
F. Zwischenstand.....	85
§ 3 Erklärungsmodelle.....	86
A. Einleitung	86
B. Belastungs – Beanspruchungs – Modell.....	86
C. Anerkennung der Modelle.....	89
D. Einschub zum Begriff «Stress»	91
§ 4 Arbeitsbelastungen.....	93
A. Einleitung	93
B. Arbeitszeit	96
I. Dauer der Arbeitszeit.....	96
1. Gesetzliche Obergrenzen	96
2. Obergrenze aufgrund von Art. 6 ArG	98
II. Lage der Arbeitszeit	99
III. Erholungszeit.....	100
C. Physische Faktoren.....	103
D. Arbeitsaufgabe und Organisation	104
I. Arbeitstätigkeit	104
1. Über- und Unterforderung	104

2. Kognitive und emotionale Anforderungen	106
II. Zeitdruck	108
III. Unzureichende Arbeitsmittel und Informationen	109
IV. Fehlender Handlungs- und Entscheidungsspielraum.....	111
V. Fehlende Klarheit und Widersprüche	112
VI. Vereinbarkeit von Beruf und Familie	114
VII. Überwachung	115
E. Zwischenmenschliche Probleme	115
I. Allgemeines	115
II. Konflikte.....	116
III. Mobbing	117
IV. Diskriminierung und sexuelle Belästigung.....	119
F. Führung	120
I. Arbeitsorganisation	120
II. Wertschätzung.....	122
III. Umstrukturierung	124
IV. Management-Methoden.....	125
V. Konkretisierung?	129
§ 5 Wirkungszusammenhänge	132
A. Einleitung	132
B. Beanspruchung.....	132
I. Innerer Vorgang	132
II. Ressourcen	133
1. Personale Ressourcen	133
2. Organisatorische und soziale Ressourcen	135
C. Beanspruchungsfolgen	136
§ 6 Messbarkeit	140
A. Bedürfnis nach Messungen	140
I. Im Rechtsvollzug.....	140
II. In den Betrieben	141
B. Feststellung des Inputs	142
C. Feststellung des Outputs.....	144
D. Angaben von Arbeitnehmenden	146
I. Verlässlichkeit.....	146
II. Datenschutz	148
E. Zwischenstand.....	150

§ 7 Prävention	152
A. Intervention	152
B. Zeitpunkt für Präventionsmassnahmen	153
I. Konzepte	153
II. Eintrittswahrscheinlichkeit	155
1. Intervention unabhängig von der Eintrittswahrscheinlichkeit	155
2. Intervention im Kontinuum Gesundheit – Krankheit	156
III. Intensität und Dauer der Belastung	157
C. Arten von Präventionsmassnahmen	159
I. Grundsätzliches	159
II. Geeignete Massnahmen	161
1. «Nach dem Stand der Technik anwendbar»	161
2. Nebenwirkungen und Zusammenwirken	165
3. Interventionsmittel	166
4. Strategien	167
5. Konkretisierung der Eignung	169
III. Erforderliche Massnahmen	171
1. «Nach der Erfahrung notwendig»	171
2. Wirkungszusammenhang	171
3. Wahrscheinlichkeit der Wirkung	172
4. Bezug zur Arbeitswelt	174
5. «Alle Massnahmen»	174
IV. Zumutbare Massnahmen	175
1. «Den Verhältnissen des Betriebes angemessen»	175
2. Verhältnis zwischen Massnahme und Wirkung	177
3. Verhältnis zwischen Kosten und Nutzen	178
V. Wahrung der Wirtschaftsfreiheit	180
1. Einleitung	180
2. Wirtschaftsfreiheit	182
3. Grundrechtskollision	183
§ 8 Bewertung der Konkretisierungsversuche	187
A. Rückblick	187
B. Finale oder konditionale Steuerung	188
C. Neue Rollen des Staates	189

Teil 3: Selbstregulierung	191
§ 1 Einleitung	191
§ 2 Gefährdungsbeurteilung	192
A. Konzept	192
B. Umsetzung im Allgemeinen	194
C. Umsetzung bei psychosozialen Risiken	195
§ 3 Kollektives Arbeitsrecht	199
A. Einleitung	199
B. Bereich für Regelungen der Sozialpartner	201
C. Verbesserung des Mindeststandards	202
I. Überbetriebliche Regelungen	202
1. Rechtliche Grundlagen	202
2. Übersicht über aktuelle GAV-Regelungen	204
II. Betriebliche Regelungen	206
D. Bewertung	209
Teil 4: Vollzug des Arbeitsgesetzes	211
§ 1 Organisation	211
A. Risikounabhängige Zuständigkeit	211
B. Zentralisierung /Dezentralisierung	213
C. Interinstitutionelle Zusammenarbeit	215
§ 2 Finanzierung	218
A. Ausgangslage	218
B. Finanzierung des UVG-Vollzugs	218
C. Finanzierung des ArG-Vollzugs	219
I. Finanzierung durch den Staat	219
II. Indirekte Finanzierung	221
1. Finanzierung durch die Suva	221
2. Finanzierung durch «Gesundheitsförderung Schweiz»	222
D. Verbesserungsmöglichkeiten	225
E. Fazit	226

§ 3 Methoden	227
A. Inspektion	227
B. Information und Beratung	228
I. Gesetzlicher Auftrag	228
II. Zweigleisigkeit der Aufsicht	230
C. Überwachung	232
I. Bedeutung	232
II. Anzeige	234
III. Kontrollgegenstand	236
1. Arbeitszeitvorschriften	236
2. Weitere Aufzeichnungen	237
3. Kontrolle bei übrigen psychischen Belastungen	238
IV. Neue Ansätze	240
1. Ausgangslage	240
2. Vereinbarungen über Präventionsziele	241
3. Abgangsbefragungen	241
4. Veröffentlichung von Indikatoren	243
5. Qualitätsbescheinigungen	245
6. Bewertung neuer Ansätze	246
D. Sanktionen	246
Teil 5: Verbesserungen im Zivilrecht	249
§ 1 Einleitung	249
A. Interessen	249
B. Schutzbereich	250
§ 2 Durchsetzung von Präventionsmassnahmen	252
A. Interventionszeitraum	252
B. Umfang der Pflicht zum Ergreifen von Massnahmen	253
I. Unterschiede zum öffentlichen Arbeitsrecht	253
II. Grenze nach unten	254
III. Weiterer Bereich der privatrechtlichen Fürsorgepflicht	255
C. Erkennbarkeit einer erhöhten Fürsorgepflicht	258
I. Probleme	258
II. Gefährdungsanzeige	259
III. Brücke zum öffentlichen Arbeitsschutz	261
D. Zwischenergebnis	262

§ 3	Verschärfung der Haftung	264
A.	Vorbild: Haftung für Unfälle.....	264
B.	Ansätze zu Verschärfung bei den Anspruchsgrundlagen	266
I.	Übersicht	266
1.	Kausalhaftung	267
II.	Pflichtverletzung	267
1.	Vorhersehbarkeit.....	267
2.	Beweis	268
III.	Kausalzusammenhang	269
IV.	Finanzielle Folgen	272
1.	Schadenersatz und Genugtuung.....	272
2.	Gewinnherausgabe.....	274
3.	Strafzahlungen	275
C.	Verfahrenserleichterungen	276
D.	Urteilswirkung.....	277
§ 4	Bewertung	278
Teil 6:	Anpassungen im Sozialversicherungsrecht	281
§ 1	Einleitung	281
§ 2	Regress von Sozialversicherungen	283
§ 3	Anerkennung als Berufskrankheit	285
A.	Voraussetzung für Anerkennung in der Schweiz	285
I.	Listen.....	285
II.	Individuelle Anerkennung	286
B.	Internationale Rechtslage und Tendenzen	288
C.	Aktuelle Situation in der Schweiz	290
I.	Entlastung für die Betriebe.....	290
II.	Verlagerung der Kostentragung	291
1.	Verlagerung auf die Betroffenen	291
2.	Verlagerung auf andere Sozialversicherungen.....	293
D.	Auswirkungen auf die Prävention	294
E.	Bewertung	296

Schluss	299
A. Rückblick	299
B. Ausblick	300
Anhänge	303
A. Übersicht über Verbesserungsmöglichkeiten	303
B. Vorschlag zur Ergänzung der Verordnung 3 zum ArG	307
Sachregister	313

Abkürzungsverzeichnis

AB	Amtliches Bulletin (bis 1967: StenBull)
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABl. EG C 115/47 vom 9.5.2008)
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, SR 831.10
AJP	Aktuelle Juristische Praxis/ <i>Pratique Juridique Actuelle, PJA</i> (Zürich)
a.M.	anderer Meinung
ArbR	Mitteilung des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht (Bern)
ArG	Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG), SR 822.11
ArGV1	Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV1), SR 822.111
ArGV2	Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV2) (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen), SR 822.112
ArGV3	Verordnung 3 vom 18. August 1993 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge, ArGV3), SR 822.113
ArGV4	Verordnung 4 vom 18. August 1993 zum Arbeitsgesetz (ArGV4) (Industrielle Betriebe, Plangenehmigung und Betriebsbewilligung), SR 822.114
Art.	Artikel
ARV	Arbeitsrecht: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung/ <i>Droit du travail: revue de droit du travail et d'assurance-chômage, DTA</i> (Zürich)
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts (<i>Recueil officiel du droit fédéral RO, Raccolta ufficiale delle leggi federali RU</i>)
ASA	Arbeitsärzte und Spezialisten der Arbeitssicherheit
ATSG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, SR 830.1
Aufl.	Auflage
AZGV	Verordnung zum Arbeitszeitgesetz vom 26. Januar 1972, SR 822.211

Abkürzungsverzeichnis

BBl	Bundesblatt (<i>Feuille fédérale, Foglio federale</i>)
betr.	betreffend
bfu	Beratungsstelle für Unfallverhütung (<i>Bureau de prévention des accidents bpa, Ufficio prevenzione infortuni upi</i>)
BFS	Bundesamt für Statistik (<i>Office fédéral de la statistique OFS, dall'Ufficio federale di statistica UST</i>)
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, <i>Arrêts du Tribunal fédéral suisse ATF, decisioni del Tribunale federale svizzero DTF</i> (Bern)
BGer	Urteil des Bundesgerichts (ab 2000 auf www. bger.ch)
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht, SR 173.110
BGS	Bereinigte Gesetzessammlung (Kantone Solothurn und Zug)
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BK	Berner Kommentar
BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, SR 172.056.1
Botschaft	Botschaft des Bundesrates
Botschaft ArG	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 30. September 1960, BBl 1960 II, S. 909 ff.
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000, SR 172.220.1
BPV	Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001, SR 172.220.111.3
BR	Bundesrat/Bundesrätin (<i>Conseil/Conseiller/ère fédéral/e, consiglio/consigliere/consigliera federale</i>)
BSK	Basler Kommentar
BSV	Bundesamt für Sozialversicherungen (<i>Office fédéral des assurances sociales OFAS, Ufficio federale delle assicurazioni sociali UFAS</i>)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, SR 831.40
BVV2	Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, SR 831.441.1
bzw.	beziehungsweise
XX	

CAPH GE	Cour d'appel des prud'hommes de Genève
CaS	Causa Sport (Zeitschrift, Zürich)
CHSS	Soziale Sicherheit CHSS (Periodikum, Bern)
d.h.	das heisst
digma	Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit (Zürich)
DIN	Deutsches Institut für Normung
Diss.	Dissertation
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz, SR 235.1
DSM IV	Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (Klassifikationssystem der American Psychiatric Association, Version IV)
E	Entwurf (eines Gesetzes)
E.	Erwägung
EAK	Eidgenössische Arbeitskommission (<i>Commission fédérale du travail, Commissione federale del lavoro</i>)
EG	Europäische Gemeinschaft
EKAS	Eidgenössische Koordinationskommission für Arbeitssicherheit (<i>Commission fédérale de coordination pour la sécurité au travail CFST, Commissione federale di coordinamento per la sicurezza sul lavoro CFSL</i>)
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (Europäische Menschenrechtskonvention), SR 0.101
EN	Europäische Norm
Ents-G	Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer), SR 823.20
ESENER	European Survey of Enterprises on New and Emerging Risks (siehe im Literaturverzeichnis unter: European Agency for Safety and Health at Work)
etc.	et cetera; und so weiter
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof (in Luxemburg)
EU-OSHA	European Agency of Safety and Health at Work (in Bilbao)
ev.	eventuell

Abkürzungsverzeichnis

EWCS	European Working Conditions Survey
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	und folgende (Seite, Note, Randziffer)
ff.	und folgende (Seiten, Noten, Randziffern)
G	Gesetz
GAV	Gesamtarbeitsvertrag (<i>convention collective, contratto collettivo</i>)
gem.	gemäss
Gesch.-Nr.	Geschäftsnummer in der parlamentarischen Geschäftsdatenbank Curia Vista (www.parlament.ch)
gl.M.	gleicher Meinung
GlG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz), SR 151.1
GVP ZG	Gerichts und Verwaltungspraxis Zug (Zug)
Habil.	Habilitationsschrift
HAVE	Haftung und Versicherung (Zürich)
HR Today	Das Schweizer Human Resource Portal (Zeitschrift, Zürich, www.hrtoday.ch)
Hrsg./hrsg.	Herausgeber, Herausgeberin/herausgegeben
i.d.R.	in der Regel
i.K.	in Kraft
i.V.	in Verbindung
IAO	Internationale Arbeitsorganisation (= ILO)
ICD 10	International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (Diagnoseklassifikationssystem der WHO)
ILO	International Labour Organization (= IAO)
inkl.	inklusive
insbes.	insbesondere
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht, SR 291
ISO	Internationale Organisation für Normung (<i>International Organization for Standardization</i>)
IT	Informations-Technologie
IV	Invalidenversicherung
IVG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung, SR 831.20

IZA	Zeitschrift für Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz und in der Freizeit (Dornach), www.iza.ch
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts (Bern)
Jusletter	Juristische Internetzeitschrift, www.weblaw.ch/jusletter
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 6. Oktober 1995, SR 251
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen (<i>Small and Medium-sized Enterprises, SME</i>)
KUVG	Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911, BBl 1991 III, S. 523-572 (i.K. bis zum Inkrafttreten des KVGs am 1.1.1996).
KV	Krankenversicherung
KVG	Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung, SR 832.10
KVV	Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung, SR 832.102
lit.	litera (Buchstaben)
LS	Loseblatt-Sammlung (Kanton Zürich)
LugÜ	Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen), SR 0.275.12
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
Mio.	Million(en)
MWG	Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz), SR 822.14
N	Note (Randziffern in Gesetzeskommentaren)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München)
NR	Nationalrat (<i>Conseil national, Consiglio nazionale</i>)
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
NZZaSo	NZZ am Sonntag (Zürich)
o.	oben

Abkürzungsverzeichnis

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung; <i>Organisation de coopération et de développement économiques</i>)
OR	Obligationenrecht; Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
ParlG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz), SR 171.10
plädoyer	plädoyer, Das Magazin für Recht und Politik (Zürich)
Pra	Praxis des Bundesgerichts, (Basel)
recht	recht. Zeitschrift für die juristische Ausbildung und Praxis (Bern)
RL	Richtlinie (<i>directive</i>)
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997, SR 172.010
Rz.	Randziffer
S.	Seite oder siehe
s.a.	siehe auch
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unter/unten
SAKE	Schweizerische Arbeitskräfteerhebung, publiziert auf www.bfs.admin.ch
SAR	Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft (<i>Secrétariat d'Etat à l'économie, Segreteria di Stato dell'economia</i>)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung/Revue suisse de jurisprudence RSJ (Zürich)
SLIC	Senior Labour Inspectors' Committee (Ausschuss Hoher Arbeitsaufsichtsbeamter, <i>Comité des hauts responsables de l'inspection du travail, CHRIT</i>)
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (<i>Recueil systématique du droit fédéral RS, Raccolta sistematica del diritto federale RS</i>) oder
SR	Ständerat (<i>Conseil des Etats, Consiglio degli Stati</i>)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0

Suva	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (<i>Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents CNA, Istituto nazionale svizzero di assicurazione contro gli infortuni INSAI</i>)
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge/ <i>Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle</i> (Bern)
u.	unten
Ü	Übereinkommen (der IAO)
u.a.	und andere oder unter anderem
u.U.	unter Umständen
Univ.	Universität
UNO	United Nations Organization (Vereinten Nationen)
USG	Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz) vom 7. Oktober 1983, SR 814.01
usw.	und so weiter
UVG	Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung, SR 832.20
UVV	Verordnung vom 20. Dezember 1982 über die Unfallversicherung, SR 832.202
V	Verordnung
VE	Vorentwurf
vgl.	vergleiche
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden/ <i>Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération JAAC/Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione GAAC</i> (Bern)
VUV	Verordnung vom 19. Dezember 1983 über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten, SR 832.30
VVG	Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz), SR 221.229.1
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren, SR 172.021
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zürich)

Abkürzungsverzeichnis

ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
Zs.	Zeitschrift
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht/ <i>Revue de Droit Suisse</i> <i>RDS</i> (Bern)

Literaturverzeichnis

Die nachfolgend aufgeführten Publikationen werden mit dem Namen des Verfassers oder der Verfasserin zitiert und gegebenenfalls mit dem in Klammern gesetzten Stichwort ergänzt.

Literatur, auf die im Text nur *einmal* verwiesen wird, ist in den *Fussnoten* mit den vollständigen Angaben aufgeführt.

ABEGG ANDREAS, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts – Ein Beitrag zu Geschichte und Funktion der Vertragsfreiheit, Diss. Univ. Freiburg, Zürich 2004.

ABEGG ANDREAS, STEBLER SIMONE, Urteilsbesprechung von BGE 132 III 115, E. 5, in: AJP 2008, S. 1177–1180.

AEBI-MÜLLER REGINA E., Die Privatsphäre des Arbeitnehmers, in: Schmid Jörg/Girsberger Daniel (Hrsg.), Neue Rechtsfragen rund um die KMU, Zürich 2006, S. 1–41.

AHLERS ELKE, Belastungen am Arbeitsplatz und betrieblicher Gesundheitsschutz vor dem Hintergrund des demografischen Wandels – Ergebnisse der PARGEMA Betriebsrätebefragung 2008/09, WSI-Diskussionspapier Nr. 175, Düsseldorf 2011.

ANTONOVSKY AARON, Salutogenese – Zur Entmystifizierung der Gesundheit, Tübingen, 1997.

AUBERT GABRIEL, Commentaire des art. 319–362 CO, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (Hrsg.), Commentaire romand, 2. Auflage, Basel 2012 (zit. Commentaire).

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, MAHON PASCAL, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse, Zürich 2003.

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Santé et sécurité au travail – étude de droit suisse et communautaire, Diss. Univ. Genf, Zürich 1995.

AUF DER MAUR ARMIN, AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Wie machen es die Anderen? Arbeitnehmerschutz in Europa, in: Aubert Gabriel u.a. (Hrsg.), Inspection de travail: quel avenir? /Arbeitsinspektion wohin? Zürich 1995, S. 33–49.

BAEHR THOMAS, Verhaltenssteuerung durch Ordnungsrecht – Das Vollzugsdefizit als Verfassungsproblem, Diss. Univ. Osnabrück, Baden-Baden 2005.

BAER NIKLAS, FRICK ULRICH, FASEL TANJA, Dossieranalyse der Invalidisierungen aus psychischen Gründen – Typologisierung der Personen, ihrer Erkrankungen, Belastungen und Berentungsverläufe, in: Bundesamt für Sozialversicherungen (Hrsg.), Beiträge zur Sozialen Sicherheit, Forschungsbericht Nr. 6/09 des Bundesamtes für Sozialversicherungen, Bern 2009.

BAER NIKLAS, FRICK ULRICH, FASEL TANJA, WIEDERMANN WOLFGANG, «Schwierige» Mitarbeiter, Wahrnehmung und Bewältigung psychisch bedingter Problemsituationen durch Vorgesetzte und Personalverantwortliche – Eine Pilotstudie in Basel-Stadt und Basel-Landschaft, in: Bundesamt für Sozialversicherungen (Hrsg.), Beiträge zur Sozialen Sicherheit, Forschungsbericht Nr. 1/11, Bern 2011.

BAUER GEORG, Betriebliches Gesundheitsmanagement als Grundlage für eine gesunde Wirtschaft und nachhaltige Sozialwerke, in: Die Volkswirtschaft ½–2011, S. 40–41.

BAUER GEORG, SCHMID MARGARETA (Hrsg.), KMU-vital, ein webbasiertes Programm zur betrieblichen Gesundheitsförderung, Zürich 2008.

BAUMANN FELIX, Das Grundrecht der persönlichen Freiheit in der Bundesverfassung unter besonderer Berücksichtigung der geistigen Unversehrtheit, Diss. Univ. Freiburg, Zürich 2011.

BECK DAVID, RICHTER GABRIELE, ERTEL MICHAEL, MORSCHHÄUSER MARTINA, Gefährdungsbeurteilung bei psychischen Belastungen in Deutschland – Verbreitung, hemmende und fördernde Bedingungen, in: Prävention und Gesundheitsförderung 2012, S. 115–119.

BECKER KARINA, BRINKMANN ULRICH, ENGEL THOMAS, Gesundheit in der Krise – Reaktionsweisen von Beschäftigten im Umgang mit dem wirtschaftlichen Abschwung in: Widerspruch 56/2009, S. 79–93.

BEER MARKUS, Achtung und Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers, Art. 328 Abs. 1 OR und die «Humanisierung der Arbeit» – grundsätzliche Überlegungen, in: SJZ 1983, S. 226–228 (zit. SJZ 1983).

– Erfasst der öffentliche Arbeitnehmerschutz auch psycho-soziale Faktoren? Überlegungen zur Tragweite von Artikel 6 des Arbeitsgesetzes, SJZ 1984, S. 89–92 (zit. SJZ 1983).

BELSER EVA MARIA, EPINEY ASTRID, WALDMANN BERNHARD, Datenschutzrecht – Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011.

- BEUMER ULRICH, Führung, in: Haubl Rolf, Voss Günter G. (Hrsg.), Riskante Arbeitswelt im Spiegel der Supervision – Eine Studie zu den psychosozialen Auswirkungen spätmoderner Erwerbsarbeit, Göttingen 2011, S. 27–37.
- BIEBER ROLAND, EPINEY ASTRID, HAAG MARCEL, Die Europäische Union, Europarecht und Politik, Baden-Baden 2011.
- BLUDAU-HOFFMANN HERBERT, EBERLE ROMAN, HOLZ-SKIBINSKI KLAUS, SPADZINSKI UWE, Finanzmarktkrise und Verkaufsdruck im Finanzdienstleistungssektor, in: WSI Mitteilungen 7/2010, S. 380–381.
- BÖDEKER WOLFGANG, KRAMER INA, SOCKOLL INA, Rentable Investition oder soziale Norm? Zur Wirtschaftlichkeit betrieblichen Gesundheitsmanagements, in: Arbeit, Zeitschrift für Arbeitsforschung, Arbeitsgestaltung und Arbeitspolitik 2009/4, S. 340–352.
- BOES ANDREAS, KÄMPF TOBIAS, TRINKS KARIN, Zeitenwende in der IT-Industrie – Vom Eldorado gesunder Arbeit zur Burnout-Zone? In: Gerlmaier Anja, Latniak Erich (Hrsg.), Burnout in der IT-Branche, Ursachen und betriebliche Prävention, Kröning 2011, S. 19–51.
- BOGNUDA CRISTINA, Die Verletzung des Rechts auf Gesundheit – Indikatoren für die Praxis, Diss. Univ. Zürich, Zürich 2011.
- BREGNARD-LUSTENBERGER JUDITH, Überstunden- und Überzeitarbeit, Diss. Univ. Bern, Bern 2006.
- BRORS CHRISTIANE, Die Abschaffung der Fürsorgepflicht – Versuch einer vertragstheoretischen Neubegründung der Nebenpflichten des Arbeitgebers, Habil. Univ. Münster, Tübingen 2002.
- BRUCHEZ CHRISTIAN, Kommentierung von Art. 356 und 358 OR, in: Andermatt Arthur u.a. (Hrsg.), Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009, S. 159–197.
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Die Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht – ein Beispiel für die Suggestivkraft von Begriffen, in: Juristische Fakultät der Universität Basel (Hrsg.), Privatrecht, öffentliches Recht, Strafrecht, Grenzen und Grenzüberschreitungen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel 1985, S. 35–50.
- BRUPBACHER STEFAN, Fundamentale Arbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation – Eine Grundlage der sozialen Dimension der Globalisierung, Diss. Univ. Zürich, Bern 2002.

- BÜLLESBACH ALFRED, Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft, in: Kaufmann Arthur, Hassemer Winfried, Neumann Ulfrid (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Auflage, Heidelberg 2011, S. 401–427 (zit. Sozialwissenschaft).
- Systemtheorie im Recht, in: Kaufmann Arthur, Hassemer Winfried, Neumann Ulfrid (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Auflage, Heidelberg 2011, S. 428–457 (zit. Systemtheorie).
-
- BUNDESAMT FÜR STATISTIK BFS, Arbeit und Gesundheit – Ergebnisse der Schweizerischen Gesundheitsbefragung 2007, Neuchâtel 2010 (zit. BFS, Arbeit und Gesundheit).
- Erhebung der Gesamtarbeitsverträge in der Schweiz – Wichtigste Neuerungen, Bern 2012 (zit. BFS, Gesamtarbeitsverträge).
- Statistischer Sozialbericht Schweiz 2011 – Bericht des Bundesrates vom 18.05.2011 in Erfüllung des Postulats «Legislatur Sozialbericht» (2002 P 01.3788), Neuchâtel 2011 (zit. BFS, Sozialbericht 2011).
- Teilzeitarbeit in der Schweiz, Neuchâtel 2006. (zit. BFS, Teilzeitarbeit).
-
- BURCH STEPHANIE, Gesundheitszwang? – Eine kritische Würdigung der aktuellen Präventionsbemühungen des Bundes am Beispiel der Tabak- und Adipositasprävention, in: Youssef Omar Abo/Töndury Andrea (Hrsg.), Der Schutz der polizeilichen Güter, Entwicklung und Spannungsfelder, Zürich 2011, S. 221–242.
-
- BYRNE-SUTTON PASCALE, Aus der Sicht eines Kantons, in: Aubert Gabriel, u.a. (Hrsg.), Inspection de travail: quel avenir? / Arbeitsinspektion wohin? Zürich 1995, S. 91–98.
-
- CANNER R., SCHOOP R., Kommentar zum Arbeitsgesetz, Zürich 1968.
-
- COHIDON CHRISTINE, IMBERNON ELLEN, Santé mentale et travail – de la connaissance à la surveillance, in: Bulletin épidémiologique hebdomadaire BEH, Nr. 25–26, 9. Juni 2009, S. 259–261.
-
- DASER BETTINA, KERSCHGENS ANKE, Selbstfürsorge, in: Haubl Rolf, Voss Günter G. (Hrsg.), Riskante Arbeitswelt im Spiegel der Supervision – Eine Studie zu den psychosozialen Auswirkungen spätmoderner Erwerbsarbeit, Göttingen 2011, S. 57–67.
-

- DASER BETTINA, Kollegialität, in: Haubl Rolf, Voss Günter G. (Hrsg.), Riskante Arbeitswelt im Spiegel der Supervision – Eine Studie zu den psychosozialen Auswirkungen spätmoderner Erwerbsarbeit, Göttingen 2011, S. 38–45.
- DASSER FELIX, Punitive damages – Vom «fremden Fötzel» zum «Miteidgenoss»? in: SJZ 2000, S. 101–111.
- DEBRUNNER HANS ULRICH, JOST MARCEL, WÜTHRICH PETER, Berufsunfälle und Berufskrankheiten, in: Weiss Walter (Hrsg.), Gesundheit in der Schweiz, Zürich 1993.
- DEMEROUTI EVANGELIA, Das Arbeitsanforderungen-Arbeitsressourcen Modell von Burnout und Arbeitsengagement, in: Demerouti Evangelia u.a. bzw. DIN Deutsches Institut für Normung e.V. (Hrsg.), Psychische Belastung und Beanspruchung am Arbeitsplatz inklusive DIN EN ISO 10075–1 bis –3, Berlin 2012, S. 49–57.
- DEVEAUD-PLÉDRAN MARIE, Le harcèlement dans les relations de travail – Etude pluridisciplinaire de la question du harcèlement suivie d’une étude comparée entre le droit Suisse et quelques législations étrangères, Genf 2011.
- DORSEMAGEN COSIMA, KRAUSE ANDREAS, LEHMAN MARA, PEKRUHL ULRICH, Flexible Arbeitszeit in der Schweiz – Auswertung einer repräsentativen Befragung der Schweizer Erwerbsbevölkerung, Bern 2012.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, Les devoirs et la responsabilité de l’employeur en matière de protection de la personnalité et de la santé psychique des travailleurs, in: Guillod Olivier (Hrsg.), Santé et travail – 14^e Journée de droit de la santé, Bern 2008, S. 99–119.
- DUNKEL WOLFGANG, KRATZER NICK, MENZ WOLFGANG, «Permanentes Ungenügen» und «Veränderung in Permanenz» – Belastungen durch neue Steuerungsformen, in: WSI-Mitteilungen 7/2010, S. 357–364.
- EHRENBURG ALAIN, Das Unbehagen in der Gesellschaft (Übersetzung von «La société du malaise»), Berlin 2011.
- EHRENZELLER BERNHARD, MASTRONARDI PHILIPPE, SCHWEIZER RAINER J., VALLENDER KLAUS (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 2. Auflage, St. Gallen 2008.
- EN ISO 10075–1 bis 3, in: Demerouti Evangelia u.a. bzw. DIN Deutsches Institut für Normung e.V. (Hrsg.), Psychische Belastung und Beanspruchung am Arbeitsplatz, Berlin 2012, S. 49–57.
- EKAS, Jahresbericht 2011, Luzern 2012 (auf www.ekas.ch).

Literaturverzeichnis

ERRASS CHRISTOPH, Innovationsfördernde Regulierung als Aufgabe des öffentlichen Rechts? In: ZBl 111/2010 S. 203–235 (zit. Innovationsförderung).

- Recht als Risiko für die Sicherheit oder Sicherheit als Risiko für das Recht? Überlegungen anhand der Gentechnologie und der Nanotechnologie, in: Sicherheit & Recht 1/2010 S. 24–36 (zit. Risiko).

ERTEL MICHAEL, STILIJANOW ULRIKE, Bekämpfung psychosozialer Risiken am Arbeitsplatz – Politischer Kontext und Sozialer Dialog in der erweiterten EU, in: Arbeit, Zeitschrift für Arbeitsforschung, Arbeitsgestaltung und Arbeitspolitik 4/2009, S. 353–365.

EUROPÄISCHE KOMMISSION, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Durchführung der Richtlinie 2003/88/EG («Arbeitszeitrichtlinie») in den Mitgliedstaaten vom 21.12.2010, KOM (2010) 802, (zit. Bericht Arbeitszeitrichtlinie).

EUROPÄISCHES PARLAMENT, Mobbing am Arbeitsplatz, Reihe Soziale Angelegenheiten SOCI 108, Luxemburg 2001 (zit. EU-Parlament).

EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK (EU-OSHA), ESENER – European Survey of Enterprises on New and Emerging Risks – Managing safety and health at work, Luxembourg 2010 (zit. ESENER).

FAHLBRUCH BABETTE, SCHÖBEL MARKUS, Vom «Newcomer» zur Selbstverständlichkeit – Rück-, Ein- und Ausblicke zur Sicherheitskultur, in: Ludborz Boris, Nold Helmut (Hrsg.), Psychologie der Arbeitssicherheit und Gesundheit, Entwicklungen und Visionen 1980–2008–2020, Kröning 2009, S. 48–59.

FICHTER MICHAEL, ZEUNER BODO, Grosse Probleme und kleine Fortschritte, in: Ehmecke Ellen u.a. (Hrsg.), Internationale Arbeitsstandards in einer globalisierten Welt, Wiesbaden 2009, S. 341–350.

FIERZ ROLAND, Erscheinungsformen der KTG-Versicherung in der Praxis, in: von Kaenel Adrian (Hrsg.), Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zürich 2007, S. 1–17.

FREI MIRJAM ANNIKA, Der rechtlich relevante Kausalzusammenhang im Strafrecht im Vergleich mit dem Zivilrecht – adäquate Kausalität und Voraussehbarkeit, Gefährschaffung, Risikoverringerung, erlaubtes Risiko, Vertrauensgrundsatz, rechtmässiges Alternativverhalten, Schutzzweck der Norm, eigenverantwortliche Selbstgefährdung, Handeln auf eigene Gefahr, Diss. Univ. Zürich, Zürich 2010.

FUNK ANNETTE, Erosion im Arbeitsschutz mit vertiefender Betrachtung der psychischen Belastungen, München/Mering 2011.

FURRER ALFONS, Entstehung und Entwicklung der schweizerischen Sozialversicherung, Diss. Univ. Freiburg, Freiburg 1952.

GABATHULER THOMAS, Die Kündigungsfreiheit kommt ins Wanken, in: plädoyer 5/2008, S. 32–40.

GÄCHTER THOMAS, Arbeitsschutz – Arbeitsgesetz und beigeordnete Erlasse, in: Koller/Müller/Rhinow/Zimmerli, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band VIII, Gesundheitsrecht; von Poledna Tomas/Kieser Ueli (Hrsg.), Basel 2005, S. 296–373. (zit. Arbeitsschutz).

– Kommentierung von Art. 110 BV, in: Ehrenzeller Bernhard, Mastronardi Philippe, Schweizer Rainer J., Vallender Klaus (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2008 (zit. SG-Kommentar).

GÄCHTER THOMAS, VOLLENWEIDER IRENE, Gesundheitsrecht – Ein Grundriss für Studium und Praxis, 2. Auflage, Basel 2010.

GAGNEBIN JOHANNE, Prévention du stress au travail – un thème en évolution en Suisse et dans l’Union européenne, in: Jusletter 29. Januar 2007.

GALLI ANDREAS, Kausalität bei psychischen Störungen im Deliktsrecht, Diss. Univ. Basel, Basel 2007.

GEISER THOMAS, Kommentierung von Art. 1–5 ArG in: Geiser Thomas, von Kaenel Adrian, Wyler Rémy (Hrsg.), Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005 (zit. HK).

– Betriebs- bzw. arbeitsärztlicher Dienst und Datenschutz, in: Guillod Olivier (Hrsg.), Santé et travail – 14^e Journée de droit de la santé, Bern 2008, S. 63–88 (zit. Arbeitsärztlicher Dienst).

– Interne Untersuchungen des Arbeitgebers – Konsequenzen und Schranken, in: AJP 2011 S. 1047–1056 (zit. Untersuchungen).

GERAMANIS OLAF, Vertrauensarbeitszeit – Die verpasste Chance? In: WSI-Mitteilungen 6/2002, S. 347–352.

- GERLMAIER ANJA, Stress und Burnout bei IT-Fachleuten – Auf der Suche nach Ursachen, in: Gerlmaier Anja, Latniak Erich (Hrsg.), Burnout in der IT-Branche – Ursachen und betriebliche Prävention, Kröning 2011, S. 53–89 (zit. Ursachen).
- Psychische Erschöpfung in der IT-Arbeit – Welche Rolle spielt die individuelle Arbeits- und Lebensphase? in: Gerlmaier Anja, Latniak Erich (Hrsg.), Burnout in der IT-Branche – Ursachen und betriebliche Prävention, Kröning 2011, S. 153–179 (zit. Lebensphasen).
- GERLMAIER ANJA, LATNIAK ERICH, Gesund arbeiten, gesund bleiben in der IT-Wirtschaft: Das Vorhaben «Demographischer Wandel und Prävention in der IT-Wirtschaft», in: Gerlmaier Anja, Latniak Erich (Hrsg.), Burnout in der IT-Branche – Ursachen und betriebliche Prävention, Kröning 2011, S. 7–16.
- GRAF MAGGIE, PEKRUHL ULRICH, KORN KOM, KRIEGER RALPH, MÜCKE ANJA, ZÖLCH MARTINA, Europäische Erhebung über die Arbeitsbedingungen 2005 – Ausgewählte Ergebnisse aus Schweizer Perspektive, Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (Hrsg.), Bern 2007.
- GREBNER SIMONE, BERLOWITZ ILANA, ALVARADO VANESSA, CASSINA MANUEL, Stress Studie 2010: Stress bei Schweizer Erwerbstätigen – Zusammenhänge zwischen Arbeitsbedingungen, Personenmerkmalen, Befinden und Gesundheit, Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (Hrsg.), Bern 2011.
- HACHEM PASCAL, Prävention und Punitive Damages, in: Wolf Salome, Mona Martino, Hürzeler Marc (Hrsg.), Prävention im Recht, Basel 2008, S. 199–220.
- HÄFELIN ULRICH, HALLER WALTER, KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Auflage, Zürich 2012.
- HAFEN MARTIN, Grundlagen der systemischen Prävention – Ein Lehrbuch für Lehre und Praxis, Heidelberg 2007 (zit. Grundlagen).
- Gesundheitsförderung, Prävention und Nachhaltige Entwicklung: Gemeinsamkeiten und Unterschiede – Eine systemtheoretische Analyse von drei Konzepten der Zukunftsbeeinflussung, Luzern 2011 (zit. Zukunftsbeeinflussung).
- HANDRICH CHRISTOPH, Professionalität und Qualität der Arbeit, in: Haubl Rolf, Voss Günter G. (Hrsg.), Riskante Arbeitswelt im Spiegel der Supervision – Eine Studie zu den psychosozialen Auswirkungen spätmoderner Erwerbsarbeit, Göttingen 2011, S. 11–17.

- HAUSHEER HEINZ, AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Auflage, Bern 2008.
- HEILMANN JOACHIM, HAGE MARION, Psychische Belastungen am Arbeitsplatz – Ursachen, Folgen und Handlungsmöglichkeiten, in: Klebe Thomas, u.a. (Hrsg.), Recht und soziale Arbeitswelt, Festschrift für Wolfgang Däubler zum 60. Geburtstag, Frankfurt am Main 1999, S. 666–689.
- HERDT JÖRG, WINCKEL HENRIKE, LASKOWSKA BARBARA, Fallanalyse zur beruflichen Integration von Personen mit psychischen Störungen, in: Bundesamt für Sozialversicherungen (Hrsg.), Beiträge zur Sozialen Sicherheit, Forschungsbericht Nr. 5/10, Bern 2010.
- HIRIGOYEN MARIE-FRANCE, Harcèlement et conflits de travail, in: Aubert Gabriel u.a. (Hrsg.), Harcèlement au travail, Genf 2002.
- HIRSIGER RENÉ, Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis – Gleichzeitig ein Beitrag zu erfolgs- und leistungsabhängigen Vergütungssystemen und Bonuszahlungen im schweizerischen Arbeitsrecht, Diss. Univ. St. Gallen, Bern 2011.
- HOEL HELGE, EINARSEN STÅLE, Shortcomings of antibullying regulations – The case of Sweden, in: European Journal of Work and Organisational Psychology, 19/2010, S. 30–50.
- HUG WALTHER, Staat und Wirtschaftsverbände in der Sozialgesetzgebung, Zürich 1949 (zit. Wirtschaftsverbände).
- HUG WALTHER U.A., Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971 (zit. Kommentar).
- HUMBERT DENIS G., Die missbräuchliche Kündigung im Spannungsfeld zwischen Kündigungsfreiheit – Generalklausel von Art. 336 OR und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, in: AJP 11/2011, S. 1471–1484.
- HURRELMANN KLAUS, KLOTZ THEODOR, HAISCH JOCHEN, Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung, in: Hurrelmann Klaus, Klotz Theodor, Haisch Jochen (Hrsg.), Lehrbuch Prävention und Gesundheitsförderung, 3. Auflage, Bern 2010, S. 13–23.
- HÜRZELER MARC, Prävention im Gesundheitsrecht – Ein Überblick, in: Schaffhauser René/Kieser Ueli (Hrsg.), Neueste Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung – Vorarbeiten zum Präventionsgesetz, 1. St. Galler Tagung zum Gesundheitsrecht, St. Gallen 2010, S. 125–160 (zit. Prävention).

Literaturverzeichnis

HÜRZELER MARC, TAMM NIKLAUS, BIAGGINI RAFFAELLA, Personenschadensrecht, Ein Grundriss für Studium und Praxis, Basel 2010.

INDERKUM MATTHIAS, Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe aus Persönlichkeitsverletzung, Diss. Univ. Freiburg, Zürich 2008.

INSTITUT FÜR SOZIAL- UND PRÄVENTIVMEDIZIN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH ISPMZ, Prävention psychischer Erkrankungen – Grundlagen für den Kanton Zürich, Zürich 2012 (zit. ISPMZ).

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, Labour Inspection Report III (Part 1B), Genf 2006 (zit. Labour inspection).

– List of occupational diseases (revised 2010), Identification and recognition of occupational diseases – Criteria for incorporating diseases in the ILO list of occupational diseases, Occupational Safety and Health Series, No. 74, Genf 2010 (zit. Occupational diseases).

– Arbeitsverwaltung und Arbeitsaufsicht – Bericht V der 100. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz, Genf 2011 (zit. Arbeitsaufsicht).

JAAG TOBIAS, Europarecht, Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, 3. Auflage, Zürich 2010.

JANSEN MARTIN, Krank arbeiten statt gesund pflegen – Präsentismus im Krankenhaus, Bern 2011.

JANSER JACQUELINE, «Im Takt der Maschinen» – Das Arbeitsrecht des Kantons Glarus im 19. Jahrhundert unter besonderer Berücksichtigung der Fabrikgesetzgebung, Diss. Univ. St. Gallen, Zürich 2010.

JANUTIN ERICH, Gesundheit im Arbeitsrecht, Diss. Univ. Zürich, Zürich 1991.

KÄMPF TOBIAS, BOES ANDREAS, TRINKS KARIN, Gesundheit am seidenen Faden – Eine neue Belastungskonstellation in der IT-Industrie, in: Gerlmaier Anja, Latniak Erich (Hrsg.), Burnout in der IT-Branche – Ursachen und betriebliche Prävention, Kröning 2011, S. 91–152.

KAUFMANN CLAUDIA, Kommentierung von Art. 4 GlG, in: Kaufmann Claudia/Steiger-Sackmann Sabine (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Auflage, Basel 2009.

KERNEN HANS, Burnout-Prophylaxe, Bern 1997.

KIESER UELI, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2009.

- KNUTTI RUDOLF, Gesundheitsförderliche Arbeitsbedingungen für ältere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Schweizerischer Gewerkschaftsbund (Hrsg.), Dossier Nr. 63, Bern 2008.
- KOHE WOLFHARD, Psychische Belastungen und arbeitsbedingter Stress – Mögliche rechtliche und sonstige Regulierungen, Gutachten, in: Kamp Lothar, Pickshauss Klaus (Hrsg.), Regelungslücke psychische Belastungen schliessen, Düsseldorf 2011.
- KOLLER HEINRICH, SCHINDLER BENJAMIN, Umgang des Gesetzgebers mit Risiken im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, in: Thomas Sutter-Somm u.a. (Hrsg.), Risiko und Recht – Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Basel 2004, S. 277–289.
- KOLLY MICHEL, Ältere Personen und Arbeitsmarktbeteiligung, Bundesamt für Sozialversicherungen (Hrsg.), Materialband zum Forschungsbericht Nr. 11/12, Bern 2012 (nur elektronisch auf: www.bsv.admin).
- KÖPER BIRGIT, RICHTER GÖTZ, Restrukturierungen in Organisationen und mögliche Auswirkungen auf die Mitarbeiter, in: Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (Hrsg.), Fachbeitrag, April 2012 (auf: www.baua.de/de/Publikationen).
- KRAUSE ANDREAS, DORSEMAGEN COSIMA, PETERS KLAUS, Interessierte Selbstgefährdung – Was ist das und wie geht man damit um? in: HR Today 4/2010, S. 43–45.
- KRIEGER RALPH, PEKRUHL ULRICH, LEHMANN MARA, GRAF MAGGIE, 5. Europäische Erhebung über die Arbeitsbedingungen 2010 – Ausgewählte Ergebnisse aus Schweizer Perspektive, Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (Hrsg.), Bern 2012.
- KRUMMENACHER URS, GÜGGI ANTON, Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten, Verhütung von Nichtberufsunfällen, in: Koller/Müller/Rhinow/Zimmerli, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band VIII, Gesundheitsrecht (hrsg. von Poledna Tomas/Kieser Ueli), Basel 2005, S. 265–290.
- KRYPIN-EXNER ILSE, PINTZINGER NINA, Theorien der Krankheitsprävention und des Gesundheitsverhaltens, in: Hurrelmann Klaus, Klotz Theodor, Haisch Jochen (Hrsg.), Lehrbuch Prävention und Gesundheitsförderung, 3. Auflage, Bern 2010, S. 24–34.
- KUNZ HEIM DORIS, NIDO MIRIAM, Burnout im Lehrerberuf – Definition, Ursachen, Prävention, Aarau 2008.

- KUNZ KARL-LUDWIG, Zu den Problemen der Wirksamkeitserwartung von Recht, in: Estermann Josef (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung zwischen Rechtswirklichkeit, Rechtsanalyse und Rechtsgestaltung – Beiträge zum Kongress «Wie wirkt Recht?», Luzern 2008, S. 130–138.
- LANDMANN JULIUS, Die Arbeitsschutzgesetzgebung der Schweiz, Basel 1904.
- LANGHOFF THOMAS, KRIETSCH INA, STARKE CHRISTIAN, Der Erwerbseinstieg junger Erwachsener – unsicher, ungleich, ungesund, in: WSI Mitteilungen 7/2010, S. 343–349.
- LÄUBLI THOMAS, MÜLLER CHRISTIAN, Arbeitsbedingungen und Erkrankungen des Bewegungsapparates – geschätzte Fallzahlen und volkswirtschaftliche Kosten für die Schweiz, Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (Hrsg.), Bern 2009.
- LEMPEN KARINE, Prévention et sanction du harcèlement sexuel – Les difficultés liées à la mise en œuvre de mesures au sein des entreprises, in: AJP 2006, S. 1432–1439.
- LENGWILER MARTIN, Risikopolitik im Sozialstaat – Die schweizerische Unfallversicherung 1870–1970, Köln/Weimar/Wien 2006.
- LENHARDT UWE, ROSENBROCK ROLF, Prävention und Gesundheitsförderung am Arbeitsplatz, in: Hurrelmann Klaus, Klotz Theodor, Haisch Jochen (Hrsg.), Lehrbuch Prävention und Gesundheitsförderung, 3. Auflage, Bern 2010, S. 324–335.
- LEPPIN ANJA, Konzepte und Strategien der Prävention, in: Hurrelmann Klaus, Klotz Theodor, Haisch Jochen (Hrsg.), Lehrbuch Prävention und Gesundheitsförderung, 3. Auflage, Bern 2010, S. 35–44.
- LETSCH THOMAS, Rechtliche Aspekte von Work-Life-Balance, Diss. Univ. Zürich, Bern 2008.
- LIPMANN OTTO, Das Arbeitszeitproblem, Berlin 1926.
- LIPPEL KATHERINE, QUINLAN MICHAEL, Regulation of psychosocial risk factors at work – An international overview, in: Safety Science 49/2011, S. 543–546.
- LUDBORZS BORIS, Psychologische Analyse, Intervention und Gestaltung – Aufgabe für Fachpsychologen oder Spielwiese für Laien? in: Ludborzs Boris, Nold Helmut (Hrsg.), Psychologie der Arbeitssicherheit und Gesundheit – Entwicklungen und Visionen 1980–2008–2020, Kröning 2009, S. 124–143.

- LUGINBÜHL JÜRG OSKAR, Schikanen am Arbeitsplatz – rechtliche, gesundheitliche und soziale Aspekte, in: ARV 2010, S. 65–79.
- MANI GIAN CLAUDIO, Reform des Systems der Schweizerischen Sozialversicherungen unter besonderer Berücksichtigung der Geldleistungen (Art. 15 ATSG), Diss. Univ. Luzern, Zürich 2012.
- MANNSDORFER THOMAS M., Schadenersatzansprüche aus dem Arbeitsverhältnis (Employment Practices Liability) – eine rechtsvergleichende Einführung in; HAVE 2008, S. 309–319.
- MASTRONARDI PHILIPPE, Funktionales Recht – Zur Nutzung von Recht als Steuerungsmedium, in: Meier-Schatz Christian J. (Hrsg.), Die Zukunft des Rechts: Forschungsgespräch der Rechtswissenschaftlichen Abteilung anlässlich des 100-Jahr-Jubiläums der Universität St. Gallen im Juni 1998, Basel 1999, S. 163–190.
- MATTHIESSEN-KREUDER URSULA, Die Mitarbeiterbefragung als Instrument der Unternehmens- und Organisationsentwicklung, in: Hohmann-Dennhardt Christine u.a. (Hrsg.), Grundrechte und Solidarität – Durchsetzung und Verfahren, Festschrift für Renate Jaeger, Berlin 2010.
- MAURER ALFRED, Landesbericht Schweiz, in: Köhler Peter A./Zacher Hans F. (Hrsg.), Ein Jahrhundert Sozialversicherung – in der Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Grossbritannien, Österreich und der Schweiz, Berlin 1981 (zit. Maurer 1981).
- Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Bern 1985 (zit. Maurer 1985).
- METTLER CHRISTOPH, Technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar – Ökologie versus Ökonomie? Die Anforderungen an den Stand der Technik im Gewässerschutz am Beispiel der Industrieabwasserentsorgung, in: Sicherheit & Recht 1/2010 S. 37–41.
- METZ ANNA-MARIE, Vier Jahrzehnte als Psychologin im deutschen Arbeits- und Gesundheitsschutz – Kontinuitäten, Brüche und Herausforderungen, in: Ludborz Boris, Nold Helmut (Hrsg.), Psychologie der Arbeitssicherheit und Gesundheit – Entwicklungen und Visionen 1980–2008–2020, Kröning 2009, S. 144–154.
- MEYN CHRISTINA, Europäische Initiativen gegen psychosoziale Gefährdungen – Ein Blick über den nationalen Tellerrand lohnt sich, in: Schröder Lothar/Urban Hans-Jürgen (Hrsg.), Gute Arbeit, Zeitbombe Arbeitsstress – Befunde, Strategien, Regelungsbedarf, Frankfurt a.M. 2012, S. 89–103.

Literaturverzeichnis

MOOR PIERRE, Droit administratif, 1. Band, 2. Auflage, Bern 1994.

MOSSINK JOS, Die wahren Kosten von Erkrankungen, in: Magazin der Europäischen Agentur für Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, 1/1999, 19–25.

MÜLLER HANS-RUDOLF, Grundlagen der Krankentaggeldversicherung nach VVG, in: von Kaenel Adrian (Hrsg.), Krankentaggeldversicherung – Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zürich 2007, S. 19–45.

MÜLLER MARKUS, Höflichkeit im öffentlichen Verfahren, in: Caroni Martina u.a. (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen, Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2011, S. 315–331 (zit. Höflichkeit).

– Individuelle Selbstbestimmung und staatliche Fürsorge, in: ZSR 2012, Heft 1, S. 63–86. (zit. Selbstbestimmung).

MÜLLER ROLAND, Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, in: AJP 2010, S. 167–175.

MÜLLER ROLAND A., Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz, in: ArbR 1997, S. 143 ff. (zit. Gesundheitsschutz).

– Arbeitszeitfragen im Lichte des neuen Arbeitsgesetzes, in: Becker Jürgen u.a. (Hrsg.), Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes, Festschrift für Manfred Rehbinden, Bern 2002, S. 57–71 (zit. Arbeitszeitfragen).

– Kommentar zum ArG, 7. Auflage, Zürich 2009 (zit. ArG).

MÜLLER ROLAND MICHAEL, OECHSLE THOMAS, Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung, in: AJP 2007 S. 847–855.

MÜLLER-PETZER SABINE, Fürsorgepflichten des Arbeitgebers nach europäischem und nationalem Arbeitsschutzrecht, Diss. Univ. Bochum, Frankfurt a. M. 2003.

MURER ERWIN, Zur Haftung des Arbeitgebers für den Stress seiner Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, in: Fuhrer Stephan (Hrsg.), Festschrift Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Zürich 2010, S. 417–426.

NACHREINER FRIEDHELM, Entwicklung und aktuelle Bedeutung der Normenreihe DIN EN ISO 10075, in: Demerouti Evangelia u.a. bzw. DIN Deutsches Institut für Normung e.V. (Hrsg.), Psychische Belastung und Beanspruchung am Arbeitsplatz, Berlin 2012, S. 8–16.

- NEUHAUS ASTRID, Das «Arbeitnehmerkündigungsverhalten» als Teilaspekt einer allgemeinen Theorie von Fluktuation, Diss. Univ. Münster, Münster 2010.
- NOBEL PETER, Risikobegriff und rechtliche Risiken, in: ZSR 2010, Heft 1, S. 3–27.
- NOLL PETER, Papierene Paragraphen? – Über die Wirksamkeit von Gesetzen, in: Meyer Hermann Josef und Saama Otto (Hrsg.), Theorie und Praxis, Mainzer Universitätsgespräche Wintersemester 1969/70, Mainz 1970.
- OECD, Sick on the Job? – Myths and Realities about Mental Health and Work, Paris 2012.
- OESCH MATTHIAS, Brüssel und Luxemburg bald wichtiger als Bern und Lausanne, in: plädoyer 5/2011, S. 33–38.
- OPPOLZER ALFRED, Gesundheitsmanagement im Betrieb – Integration und Koordination menschengerechter Gestaltung der Arbeit, 2. Auflage, Hamburg 2010.
- PACCAUD FRED, CHIOLERO ARNAUD, Prävention, Gesundheitsförderung und Public Health, in: Kocher Gerhard, Oggier Willy (Hrsg.), Gesundheitswesen Schweiz 2010–2012, Bern 2010.
- PÄRLI KURT, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis – Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Habil. Univ. St. Gallen, Bern 2009.
- PÄRLI KURT, HUG JULIA, Arbeitsrechtliche Fragen bei Präsentismus (Arbeit trotz Krankheit), in: ARV 2012, S. 1–12.
- PETERMANN FRANK, Rechte und Pflichten des Arbeitgebers gegenüber psychisch labilen oder kranken Arbeitnehmern, in: ARV 2005, S. 1–12 (zit. Pflichten).
- Die wirtschaftliche Dimension des Burnout-Syndroms – Ist die Vogel-Strauss-Politik angesichts des wachsenden Schadens die richtige Antwort? In: NZZ Nr. 127 vom 3.6.2006, S. 75 (zit. NZZ).
- PETERMANN FRANK, STUDER DIETER, Burnout – Herausforderung an die anwaltliche Beratung, in: AJP 2003 S. 761–767.
- PICKSHAUS KLAUS, Krise und Restrukturierung – Anforderungen an eine Gute-Arbeit-Strategie, in: WSI Mitteilungen 7/2010, S. 385–387.

PODEHL JÜRGE, Haftung des Arbeitgebers wegen Stress am Arbeitsplatz? – Englische Personal-Injury-Claim-Rechtsprechung als Wegbereiter für Klagen wegen Verletzung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers in Deutschland? In: Der Betrieb, Heft 38, 2007, S. 2090–2093.

PORTMANN WOLFGANG, Stresshaftung im Arbeitsverhältnis – Erfolgreiche Stresshaftungsklagen gegen Arbeitgeber in der Schweiz und in anderen Europäischen Ländern, in: ARV 2008, S. 1–13 (zit. Stresshaftung).

- Genugtuungsbegründende Persönlichkeitsverletzungen im Arbeitsverhältnis – Konkretisierung nach Tatbeständen, Zurechnungsgründen und Rechtsgrundlagen, in: recht 2010 S. 1–15 (zit. Genugtuung).
 - Kommentierung von Art. 328 und 336 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Peter Nedim/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, 5. Auflage, Basel 2011 (zit. BSK).
-

PORTUNÉ ROLAND, Zwischen Kür und Knochenarbeit – psychosoziale Aspekte und Gesundheit im Arbeitsleben, in: Ludborzs Boris, Nold Helmut (Hrsg.), Psychologie der Arbeitssicherheit und Gesundheit – Entwicklungen und Visionen 1980–2008–2020, Kröning 2009, S. 234–251.

PRINS RIENK, HEIJDEL WENDY, Invalidität infolge psychischer Beeinträchtigung – Zahlen- und Massnahmenvergleich in sechs Ländern, in: Bundesamt für Sozialversicherungen (Hrsg.), Beiträge zur Sozialen Sicherheit, Forschungsbericht Nr. 7/05, Bern 2005.

PRÖLL ULRICH, Erwerbsarbeit und Gesundheit von Selbstständigen – Forschungsergebnisse und Präventionsansätze, in: Arbeit, Zeitschrift für Arbeitsforschung, Arbeitsgestaltung und Arbeitspolitik 4/2009, S. 298–312.

PULVER BERNHARD, Schutzpflichten, Die Verbindlichkeit von Schutzpflichten am Beispiel des Arbeitsrechts, in: AJP 4/2005, S. 413–423.

RAEDER SABINE, GROTE GUDELA, Der psychologische Vertrag, Göttingen/Bern 2012.

RAGNI THOMAS, Arbeitsplatzverluste und Lohneinbussen durch Stress? – Eine analytische und empirische Untersuchung auf der Basis der «Stress»-Befragung im Kontext des «European Working Condition Survey» (EWCS) für die Schweiz 2010, Bern 2011.

RASMUSSEN METTE BØGEHUS, HANSEN TOM, NIELSEN KLAUS T., New tools and strategies for the inspection of the psychosocial working environment – The experience of the Danish Working Environment Authority, in: Safety Science 49/2011, S. 565–574.

REHBINDER MANFRED, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Auflage, Bern 2002 (zit. Arbeitsrecht).

- Sachbereiche im Recht der Personalführung mit Informationsbedarf aus der Psychologie – Zur Psychologie des Arbeitsrechts, in: ArbR 2004, S. 11–23. (zit. Psychologie des Arbeitsrechts).
- Rechtssoziologie, 7. Auflage, München 2009 (zit. Rechtssoziologie).
- Arbeitsrecht als kompensatorisches Recht nach dem Menschenbild des homo reciprocans? in: ARV 2012, S. 129–137 (zit. Menschenbild).

REHBINDER MANFRED, STÖCKLI JEAN-FRITZ, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Berner Kommentar, Band 6, Das Obligationenrecht. Abteilung 2, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Teilband 2, Der Arbeitsvertrag, Bern 2010 (zit. BK).

REICH JOHANNES, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit – Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, Diss. Univ. Basel, Zürich 2011.

REITER CATHERINE, Die Reformbedürftigkeit des Rechts der missbräuchlichen Kündigung im Lichte des Menschenrechtsschutzes, in: AJP 2006, S. 1087–1092 (zit. Kündigung).

- Missbräuchlichkeit einer Kündigung zufolge Führungsmangel, in: AJP 2008, S. 542–548 (zit. Führungsmangel).

RICHLI PAUL, Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung – Ein Beitrag zur Rechtsetzungslehre im liberalen sozial und ökologisch orientierten Rechtsstaat, Basel 2000.

RICHTER GABRIELE, Psychische Belastung und Beanspruchung – Stress, psychische Ermüdung, Monotonie, psychische Sättigung, Arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse Nr. 116, Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin Hrsg.), Dortmund 2000.

RICHTER GABRIELE, SCHATTE MARTIN, Psychologische Bewertung von Arbeitsbedingungen Screening für Arbeitsplatzinhaber II – BASA II –, Validierung, Anwenderbefragung und Software, 2. Auflage, Dortmund/Berlin/Dresden 2011.

RICHTER PETER, NEBEL CLAUDIA, WOLF SANDRA, Jenseits von Kontrolle und Belohnung – Moderne arbeitspsychologische Ansätze zur Bewertung und Gestaltung von Arbeit, in: Arbeit, Zeitschrift für Arbeitsforschung, Arbeitsgestaltung und Arbeitspolitik 4/2009, S. 265–281.

Literaturverzeichnis

RIEGER ANDREAS, Entwicklung und Bedeutung der GAV in der Schweiz, in: Andermatt Arthur u.a. (Hrsg.), Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009, S. 99–121.

RIEGER ANDREAS, BAUMANN HANS, Mit Gesamtarbeitsverträgen besser durch die Krise – Die Zukunft der Kollektivvertragsbeziehungen in der Schweiz und in Europa, in: Widerspruch, 56/2009, S. 175–184.

RIEMER-KAFKA GABRIELA, UEBERSCHLAG JAKOB, Kommentierung von Art. 5 GLG, in: Kaufmann Claudia/Steiger-Sackmann Sabine (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Auflage, Basel 2009.

ROSENTHAL DAVID, JÖHRI YVONNE, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008.

RUDOLPH ROGER, Konflikte am Arbeitsplatz und Kündigung, in: ARV 2011, S. 77–91.

RUDOLPH ROGER, VON KAENEL ADRIAN, Aktuelle Fragen zur Arbeitszeit, in: AJP 2012, S. 197–207.

RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, in: Murer Erwin/Stauffler Hans-Ulrich (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 3. Auflage, Zürich 2003.

RYTER ELISABETH, Prävention gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz: aktueller Stand und ungelöste Probleme, in: AJP 2006, S. 1428–1431.

SATZER ROLF, Eine vorausschauende, ganzheitliche Gefährdungsbeurteilung, in: WSI-Mitteilungen 7/2010, S. 377–380.

SCHAER ROLAND, Koordination von Taggeldleistungen, in: von Kaenel Adrian (Hrsg.), Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zürich 2007, S. 163–192.

SCHEIDEGGER HANS-ULRICH, Aus der Sicht des BIGA, in: Aubert Gabriel u.a., Inspection de travail: quel avenir? /Arbeitsinspektion wohin? Zürich 1995, S. 71–76.

SCHEIDEGGER HANS-ULRICH, PITTELOUD CHRISTINE, Kommentierung von Art. 6–8 und 40–43 ArG, in: Geiser Thomas, von Kaenel Adrian, Wyler Rémy (Hrsg.), Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005.

SCHNEIDER JACQUES-ANDRÉ, Stress et épuisement professionnel: l'employeur et le contrôle médical annuel, in: Kahil-Wolff Bettina, Greber Pierre-Yves, Caci Mirela (Hrsg.), Mélange en l'honneur de Jean-Louis Duc, Lausanne 2001.

-
- SCHNEIDER ULRICH, Legalitätsprinzip und finales Recht – Ein Beitrag zur Diskussion über das New Public Management in der Schweiz, Diss. Univ. Bern, Bern 2001.
-
- SCHOLZ STEFAN, Berufskrankheiten, in: Suva (Hrsg.), Unfallstatistik 1998–2002, Luzern 2004, S. 55–63 (auf: www.unfallstatistik.ch/d/publik/fuenfjb/pdf/Fuenfjahresbericht1998–2002deutsch.pdf).
-
- SCHUBERT FLORIAN, Europäisches Arbeitsschutzrecht und betriebliche Mitbestimmung – Die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer im Arbeitsschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland und im Königreich Schweden, Diss. Univ. Bremen, Frankfurt a.M. 2005.
-
- SCHULER DANIELA, BURLA LAILA, Psychische Gesundheit in der Schweiz – Monitoring 2012, Schweizerisches Gesundheitsobservatorium (Hrsg.), Obsan Bericht 52, Neuchâtel 2012.
-
- SCHWANINGER ULRICH, KRIEGER RALPH, GRAF MAGGIE, Arbeit und Gesundheit, in: Kocher Gerhard, Oggier Willy (Hrsg.), Gesundheitswesen Schweiz 2010–2012, Bern 2010.
-
- SCHWEIZERSICHER ARBEITGEBERVERBAND (Hrsg.), Arbeit und Gesundheit, Zürich 2004.
-
- SCHWENDENER MYRIAM, Krankheit und Recht – Der Krankheitsbegriff im Schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Diss. Univ. Zürich, Basel 2008.
-
- SEILER HANSJÖRG, Risikobasiertes Recht: wieviel Sicherheit wollen wir? – Abschlussbericht: Schweizerischer Nationalfonds, Projekt Nr. 1113–53163.97: Risk based regulation – ein taugliches Konzept für das Sicherheitsrecht? Bern 2000 (zit. Abschlussbericht).
- Wie viel Sicherheit wollen wir? – Sicherheitsmassnahmen zwischen Kostenwirksamkeit und Recht, in: ZBJV 2007, S. 140–150 (zit. ZBJV).
-
- SEILER KAI, SPLITTGERBER BETTINA, Die technikorientierte Gewerbeaufsicht als Lotse im Feld moderner Arbeitswelten – eine kritische Bilanz zur Berücksichtigung psychischer Faktoren im Arbeitsschutz, in: Ludborz Boris, Nold Helmut (Hrsg.), Psychologie der Arbeitssicherheit und Gesundheit – Entwicklungen und Visionen 1980–2008–2020, Kröning 2009, S. 312–327.
-
- SENTI CHRISTOPH, Überstunden, in: AJP 2003, S. 373–394. (zit. Überstunden).
- Arbeitsrechtliche Vorschriften für Pflegeberufe in öffentlichen Spitälern, in: ArbR 2005, S. 69–92 (zit. Pflegeberufe).
-

Literaturverzeichnis

SIEGENTHALER MICHAEL, A view on the long-run evolution of hours worked and labor productivity in Switzerland (1950–2010), KOF Working Paper Nr. 30, Zürich 2012.

SIEGRIST JOHANNES, VON DEM KNESEBECK OLAF, Prävention chronischer Stressbelastung, in: Hurrelmann Klaus, Klotz Theodor, Haisch Jochen (Hrsg.), Lehrbuch Prävention und Gesundheitsförderung, 3. Auflage, Bern 2010, S. 229–236.

SONNENBERG CAROLE, La protection de la personnalité du travailleur – sauvegarde de sa santé et sécurité au travail, Diss. Univ. Lausanne, Lausanne 2010.

SONNTAG ESTHER, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen – Strafschadensersatz im antiken römischen, deutschen und US-amerikanischen Recht, Diss. Humboldt-Univ. Berlin, Berlin 2005.

STAATSSSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT SECO, Mobbing und andere psychosoziale Spannungen am Arbeitsplatz in der Schweiz, Bern 2002 (zit. SECO, Mobbing).

STAEHELIN ADRIAN, Kommentierung Art. 319–330a OR, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Teilband V2c, Der Arbeitsvertrag, 4. Auflage, Zürich 2006 (zit. ZK).

STEINER OLIVIER, Die Abschaffung der Unfallversicherung – Eine Untersuchung zur Ungleichbehandlung von Unfall und Krankheit im schweizerischen und niederländischen Sozialrecht, Zürich/Basel/Genf 2007.

STEINKE MIKA, BADURA BERNHARD, Präsentismus, in: Schröder Lothar/Urban Hans-Jürgen (Hrsg.), Gute Arbeit, Zeitbombe Arbeitsstress – Befunde, Strategien, Regelungsbedarf, Frankfurt a.M. 2012, S. 128–141.

STÖCKLI JEAN-FRITZ, Der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages, Habil. Univ. Zürich, Bern 1990.

STREIFF ULLIN, VON KAENEL ADRIAN, RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012.

SUVA, Geschäftsbericht 2010, Luzern 2011.

– Geschäftsbericht 2011, Luzern 2012.

TEUBNER GUNTHER, Nach der Privatisierung? – Diskurskonflikte im Privatrecht, in: Meier-Schatz Christian J. (Hrsg.), Die Zukunft des Rechts – Forschungsgespräch der Rechtswissenschaftlichen Abteilung anlässlich des 100-Jahr-Jubiläums der Universität St. Gallen, Basel 1998, S. 128–161.

THEORELL TÖRES, Psychosocial factors on research on work conditions and health in Sweden, in *Scandinavian Journal of Work, Environment & Health*, 33/2007, Supplement 1, S. 20–26.

TIESTE OLIVER, Der Tod durch Überarbeitung, arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Hintergründe – Materiellrechtliche, epidemiologische und betriebliche Rahmenbedingungen des Karoshi-Phänomens in Japan und Deutschland, Diss. Univ. Bremen, Frankfurt am Main 2003 (zit. Überarbeitung).

- Haftungsfall Stresserkrankung, Grenzen und Umfang der Haftung des Arbeitgebers für stressinduzierte Erkrankungen von Beschäftigten – Eine Untersuchung materiellrechtlicher, epidemiologischer und betrieblicher Determinanten in Japan und Deutschland, Bremerhaven 2004 (zit. Stress).
-

TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Auflage Bern 2007.

TSCHUDI HANS PETER, Humanisierung der Arbeit durch die Rechtsordnung, in: Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, S. 477–491 (zit. Humanisierung).

- Privates und öffentliches Arbeitsrecht (Gesetz und Gesamtarbeitsvertrag), in: Juristische Fakultät der Universität Basel (Hrsg.), Privatrecht, öffentliches Recht, Strafrecht, Grenzen und Grenzüberschreitungen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel 1985, S. 431–448 (zit. Arbeitsrecht).
 - Schweizerisches Arbeitsschutzrecht, Bern 1985 (zit. Arbeitsschutzrecht).
 - Prävention in der Sozialversicherung – Nachdruck aus SZS 1986, S. 113–129 in: Sozialstaat, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Schriften aus den Jahren 1983 bis 1995, Zürich 1996, S. 299–315, (zit. Prävention).
 - Beiträge des Arbeitsrechts zur Sozialpartnerschaft, in: ArbR 1997, S. 29–45. (zit. Sozialpartnerschaft).
-

TSCHUDI HANS-PETER, GEISER THOMAS, WYLER RÉMY, Einleitung, in: Geiser Thomas, von Kaenel Adrian, Wyler Rémy (Hrsg.), Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005.

UDRIS IVAR, Krank werden durch Arbeit – gesund bleiben in der Arbeit – Belastungen und Ressourcen aus psychologischer Perspektive, in: Caritas (Hrsg.), Sozialalmanach 2006 – Psychische Invalidisierung, Luzern 2005, S. 83–99.

Literaturverzeichnis

- UHLMANN FELIX, Grundprinzipen der schweizerischen Umweltverfassung aus der Sicht des Wirtschaftsrechts, in: Zs. Umweltrecht in der Praxis 2007, S. 706–719.
- UHLMANN FELIX, HOFSTETTER DAVID, Die Verordnung aus dem Blickwinkel der Rechtssetzungslehre, in: ZBl 9/2012, S. 455–479.
- ULICH EBERHARD, Arbeitspsychologie, 7. Auflage, Zürich 2011 (zit. Arbeitspsychologie).
- Psychische Gesundheit auf der Kippe – Unternehmen sind geforderter denn je, in: HR Today, 2010/4, S. 24–27. (zit. Psychische Gesundheit).
- ULICH EBERHARD, WIESE BETTINA S., Life Domain Balance – Konzepte zur Verbesserung der Lebensqualität, Heidelberg 2011.
- URBAN HANS-JÜRGEN, PICKSHAUS KLAUS, FERGEN ANDREA, Das Handlungsfeld psychische Belastungen – die Schutzlücke schliessen, in: Schröder Lothar/Urban Hans-Jürgen (Hrsg.), Gute Arbeit, Zeitbombe Arbeitsstress – Befunde, Strategien, Regelungsbedarf, Frankfurt a.M. 2012, S. 23–38.
- VAHLE-HINZ TIM, BAMBERG EVA, Flexibilität und Verfügbarkeit durch Rufbereitschaft – die Folgen für Gesundheit und Wohlbefinden, in: in: Arbeit, Zeitschrift für Arbeitsforschung, Arbeitsgestaltung und Arbeitspolitik 4/2009, S. 327–339.
- VALLENDER KLAUS A., HETTICH PETER, LEHNE JENS, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung – Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, 4. Auflage, Bern 2006.
- VANIS MARGOT, KÄLIN WOLFGANG, Checklisten zur Stress-Erkennung, in: EKAS Mitteilungsblatt Nr. 68, Dezember 2009, S. 27–30.
- VEIGEL BERND, Das niederländische Arbeitsschutzrecht und die Umsetzung der Rahmenrichtlinie in den Niederlanden, Diss. Univ. Halle, Baden-Baden 2002.
- VERSTEYL SARAH, Die Obergrenze arbeitsrechtlichen Schutzes, Diss. Univ. Köln, Baden-Baden 2005.
- VOEGELI CLAUDE, Hygiène et sécurité au travail en droit public suisse, in: Mélanges Alexandre Berenstein, Le droit social à l’aube du XXI^e siècle, Lausanne 1989.
- VON KAENEL ADRIAN, Die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers, in: ARV 2009, S. 1–9.

- VON TROTHA JAN, Stress am Arbeitsplatz – Haftung des Arbeitgebers auf Schadensersatz für hieraus resultierende Gesundheitsschäden? Diss. Univ. Bayreuth, Berlin 2009.
- VOSS GÜNTER G., Strukturwandel der Arbeit, in: Haubl Rolf, Voss Günter G. (Hrsg.), Riskante Arbeitswelt im Spiegel der Supervision – Eine Studie zu den psychosozialen Auswirkungen spätmoderner Erwerbsarbeit, Göttingen 2011, S. 51–56.
- WAEBER JEAN-BERNARD, Le mobbing ou harcèlement psychologique au travail, quelles solutions? In: AJP 7/1998, S. 792–796 (zit. Mobbing).
- La protection de la personnalité dans les rapports de travail, in: Aubert Gabriel u.a. (Hrsg.), Harcèlement au travail, Genf 2002 (zit. personnalité).
- WAGNER GERHARD, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmassung oder legitime Aufgabe, in: Archiv für die civilistische Praxis 206, 2006, S. 352–476.
- WALKER PHILIPP, MARTI MICHAEL, BERTSCHY KATHRIN, Die Entwicklung atypisch-prekärer Arbeitsverhältnisse in der Schweiz, Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (Hrsg.), Bern 2010.
- WALTERS DAVID, Worker representation and psycho-social risks – A problematic relationship? In: Safety Science 49/2011, S. 599–606.
- WELLMANN HOLGER, LEMPert-HORSTKOTTE JÜRGEN, Die präventiven Potentiale der Unfallversicherung – zwischen Good Practice und verpassten Reformchancen, Düsseldorf 2009.
- WENNUBST GABRIELA, Mobbing, Le harcèlement en entreprise – victoire ou défaite de l'employeur? Paris 2011.
- WESEL UWE, Geschichte des Rechts in Europa – Von den Griechen bis zum Vertrag von Lissabon, München 2010
- WICKI MARTIN, Psychische Gesundheit und Erwerbstätigkeit, in: CHSS 2/2012, S. 94–98.
- WIELAND RAINER, WINIZUK SANDRA, HAMMES MIKE, Führung und Arbeitsgestaltung – Warum gute Führung allein nicht gesund macht, in: Arbeit, Zeitschrift für Arbeitsforschung, Arbeitsgestaltung und Arbeitspolitik 4/2009, S. 282–297.
- WIRTZ ANNA, Gesundheitliche und soziale Auswirkungen langer Arbeitszeiten, Diss. Univ. Oldenburg, Dortmund 2010.

Literaturverzeichnis

WOHLGEMUTH ANDRÉ C., Unternehmensdiagnose in Schweizer Unternehmungen, Habil. Univ. Zürich, Bern 1989.

WOLFER SIMON, Die elektronische Überwachung des Arbeitnehmers im privatrechtlichen Arbeitsrechtsverhältnis, Diss. Univ. Luzern, Zürich 2008.

WÜLSER MARC, Fehlbeanspruchungen bei personenbezogenen Dienstleistungstätigkeiten – eine Untersuchung zu Burnout im Schul- und Spitalbereich und eine vertiefte Betrachtung der Lehrkräftetätigkeit, Lengerich 2011.

WÜTHRICH PETER, Aus der Sicht der SUVA, in: Aubert Gabriel, Aubry Girardin Florence, Auf der Maur Armin, Scheidegger Hans-Ulrich, Inspection de travail: quel avenir? /Arbeitsinspektion wohin? Zürich 1995, S. 99–111 (zit. SUVA).

– Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz – Wohin geht die Reise, EKAS Mitteilungsblatt Nr. 44, Januar 2000, S. 1–11 (zit. EKAS).

WYLER RÉMY, Droit du travail, 2. Auflage, Bern 2008 (zit. Droit du travail).

– La responsabilité civile de l'employeur, y compris en ce qui concerne les actes de ses organes et auxiliaires, in: ARV 2011, S. 249–259 (zit. responsabilité).

ZIMMER REINGARD, Soziale Mindeststandards und ihre Durchsetzungsmechanismen – Sicherung internationaler Mindeststandards durch Verhaltenskodizes? Diss. Univ. Bremen, Baden-Baden 2008.

ZIMOLONG BERNHARD, Professionalisierung der Psychologie im Arbeits- und Gesundheitsschutz – von der Unfallforschung zur betrieblichen Gesundheitsförderung, in: Ludborz Boris, Nold Helmut (Hrsg.), Psychologie der Arbeitssicherheit und Gesundheit, Entwicklungen und Visionen 1980–2008–2020, Kröning 2009, S. 411–431.

Einleitung

A. Anlass für die Untersuchung

Der zunehmende **Stress am Arbeitsplatz** könne nicht länger ignoriert werden, sagte Bundesrätin Simonetta Sommaruga am Abend des 11. März 2012, nachdem die Initiative «6 Wochen Ferien für alle» in der Volksabstimmung deutlich gescheitert war¹. Sie versprach damals, der Bundesrat werde dran bleiben und alternative Vorschläge unterbreiten. Diese liegen heute noch nicht vor.

Tatsächlich kann man es ja wohl nicht damit bewenden lassen, alle paar Jahre statistisch zu erheben, wie der Stresspegel der Erwerbstätigen in der Schweiz angestiegen ist, und welche **volkswirtschaftlichen Kosten** dies verursacht.

In den letzten Jahren wurde viel unternommen, um die Zunahme der Berentungen aus psychischen Gründen zu stoppen und Betroffene vermehrt wieder in den ersten Arbeitsmarkt zu integrieren. Die Invalidenversicherung bezeichnet es sodann als **Prävention**, wenn mit dem Erhalt eines bestehenden Arbeitsplatzes oder dank Wiedereingliederung die Ausrichtung einer Rente verhindert werden kann². Für langfristig wirksame Prävention muss freilich danach gefragt werden, ob Arbeitsbedingungen einen Anteil an den psychischen Problemen haben, und wie man *diese* verhindern kann, auch wenn es zu kurz gegriffen wäre, ausschliesslich in Veränderungen in der Arbeitswelt die Ursache für die Zunahme der IV-Renten zu sehen³.

Viele Firmen investieren in **Betriebliches Gesundheitsmanagement**, stellen ihrem Personal Vertrauenspersonen, Mediations- und Ombudsstellen zur Verfügung oder fördern die Wiedereingliederung nach gesundheitlichen Absenzen durch Case Management. Sie bringen damit zum Ausdruck, dass ihnen die Gesundheit ihres Personals etwas wert ist. Daneben wird aber oft vergessen, dass Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz nicht nur Kür, sondern gesetzliche Pflicht ist, und zwar auch – und besonders – bei psychischen Risiken.

¹ So auch ihr Votum in der Debatte im Ständerat, AB SR 2011, S. 471.

² ROSMARIE MAROLF, in CHSS 6/2010, S. 342.

³ BAER/FRICK/FASEL/WIEDERMANN, S. 4.

B. Forschungsthema

- 5 In der **Erwerbsarbeit** liegen viele gesundheitsfördernde Potentiale. Erwerbsarbeit verschafft den Arbeitenden nicht nur den nötigen Lebensunterhalt, sondern auch innere Befriedigung; sie ermöglicht soziale Kontakte und Anerkennung, zudem regt sie zu persönlicher Entwicklung an. So verwundert nicht, dass es ein grosses gesundheitliches Risiko ist, unfreiwillig arbeitslos zu sein oder allein schon Arbeitslosigkeit zu befürchten⁴. Aber mit der Erwerbsarbeit können bisweilen auch Risiken für die Gesundheit verbunden sein. Um diese geht es in der vorliegenden Untersuchung.
- 6 Jede Person ist grundsätzlich für den Schutz ihrer Gesundheit verantwortlich. Bei **Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz** hat dies jedoch Grenzen, da eine wirtschaftliche Abhängigkeit besteht und es oft nicht in der Macht der Einzelnen liegt, diese Gefahren abzuwenden. Daher liegt aufgrund von rechtlichen Schutz- und Haftungsnormen die primäre Verantwortung für den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz bei den Arbeitgebenden.
- 7 Das für die Schweiz geltende Recht regelt die Verhütung von Unfallgefahren detailliert. Auch zum Schutz vor physischen Krankheitsursachen gibt es einige Rechtsvorschriften. Im Gegensatz dazu ist der Schutz vor **psychischen Gesundheitsrisiken** nur im Grundsatz erwähnt. Eine erste Forschungsfrage lautet daher: Wie kann der Schutz vor psychischen Risiken am Arbeitsplatz rechtssatzmässig konkretisiert und «fassbar» werden?
- 8 Da es im Arbeitsschutz um die Identifikation und *Abwehr* von Gefahren geht, liegt der Fokus auf den **krankmachenden Ursachen**; es geht um die Frage, wie Arbeitgebende diese Ursachen beseitigen oder reduzieren können. Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass Arbeitnehmende selber zur Bewältigung von Arbeitsbelastungen beitragen können und darin Stärkung und Stütze z.B. durch Betriebliche Gesundheitsförderung verdienen⁵.
- 9 Umstände am Arbeitsplatz beeinflussen die **Psyche der Arbeitnehmenden**, d.h. ihr «Innenleben». Psychische Einwirkungen wirken sich bei den betroffenen Menschen je nach deren persönlicher Situation unterschiedlich aus. Die Auswirkungen können positiv, aber auch negativ sein. Sie können eine psychische oder eine körperliche Reaktion (oder keines von beidem) hervorrufen. Diese vielfältigen Verbindungen sind nicht nur für die Medizin eine Heraus-

⁴ DE CUYPER NELE/RAEDER SABINE u.a., The association between workers' employability and burnout in a reorganization context: Longitudinal evidence building upon the conservation of resources theory, in: Journal of Occupational Health Psychology, 17/2012, Nr. 2, S. 162–174.

⁵ HERDT/WINCKEL/LASKOWSKA, S. 34.

forderung (z.B. bei der Diagnose und Therapie psychosomatischer Erkrankungen), sondern auch für die Rechtsetzung und die Rechtspraxis.

Bei einem Arbeitsunfall ist der **Zusammenhang** zur Tätigkeit am **Arbeitsplatz** offensichtlich. Bei einer Erkrankung ist es bedeutend schwieriger einen kausalen Bezug zu beruflichen oder nichtberuflichen Umständen herzustellen. Bei psychischen Belastungen ist ein allfälliger Zusammenhang zur Arbeitssituation nochmals schwerer festzustellen, da die Einwirkungen nur zum Teil äusserlich wahrnehmbar sind und deren negative Folgen auch nur teilweise sichtbar werden. Diesem Problem müssen sich Gesetzgebung und Rechtsdurchsetzung stellen.

Arbeitgebende sind dafür verantwortlich, dass Arbeit nicht krank macht. Für Gesundheitsvorsorge im **privaten Bereich** tragen die Arbeitnehmenden selber die Verantwortung. In der Realität sind die Grenzen zwischen diesen Bereichen jedoch fließend und in beiden Bereichen muss jeweils berücksichtigt werden, dass es den anderen daneben auch noch gibt.

Der Gedanke der Krankheitsverhütung bzw. **Prävention** gründet auf der Erkenntnis: «Verhüten ist besser als Vergüten»⁶. Eine Überprüfung dieses allgemein anerkannten Grundsatzes ist nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit, zumal der Arbeitsschutz auf verfassungs- und völkerrechtlichen Grundlagen beruht.

Es gibt verschiedene Untersuchungen zu den ökonomischen Effekten von Gesundheitsprävention am Arbeitsplatz und entsprechende Kosten-Nutzen-Analysen⁷. Ob eine **Verbesserung** der Prävention zum Schutz vor psychischen Risiken am Arbeitsplatz wünschbar und finanziell tragbar ist, bildet nicht Gegenstand der Untersuchung. Sie setzt vielmehr bei der Frage ein, welche rechtlichen Möglichkeiten bestehen ausgehend von der schweizerischen Rechtstradition und mit einem gelegentlichen Seitenblick auf ausländische Erfahrungen, *falls* der Schutz durch rechtliche Mittel verstärkt werden soll.

Es hätte auch den Rahmen gesprengt, den psychischen Schutz von selbständig **Erwerbstätigen** zu behandeln. Wer Erwerbsarbeit ausserhalb eines Arbeitsvertrages leistet, ist auch psychischen Risiken ausgesetzt, zumal solche Arbeitssituationen nicht selten wirtschaftlich prekär sind. Auch diese Personen «belasten» vielleicht einmal die Invalidenversicherungen. Hier beschränken wir uns nun aber auf die Situation von *Arbeitnehmenden*.

Interdisziplinäre **Forschung über Arbeitsbedingungen** wird im deutschen Sprachraum meist von Fachleuten aus Soziologie, Psychologie und Ökonomie durchgeführt, aber meist ohne Beteiligung seitens der Rechtswissen-

⁶ TSCHUDI, Prävention, S. 299.

⁷ Z.B. LÄUBLI/MÜLLER, passim; RAGNI, passim.

schaft. In der Schweiz befassen sich in den letzten Jahren Rechtsprechung und juristische Literatur vorwiegend aus der französischen Schweiz mit Aspekten des psychischen Gesundheitsschutzes. Zwischen dem öffentlichen und dem privaten Arbeitsrecht bestehen wenig wissenschaftliche Verbindungen. Es gilt hier also zahlreiche Brücken zu bauen.

- 15 Für Leserinnen und Leser, die sich im Personalwesen, in der Beratung oder für Betriebliches Gesundheitsmanagement engagieren, mögen all die **rechtlichen Überlegungen** vielleicht befremdlich klingen und ihre Anliegen nicht genügend würdigen. Der rechtlich gebotene Arbeitsschutz und die auf betrieblichen Entscheiden beruhende (freiwillige) Gesundheitsförderung sollen sich gegenseitig ergänzen und stützen⁸. Aus diesem Grund wird hier für einmal das Licht auf die *rechtliche* Seite gerichtet in der Erwartung, dass dadurch das gegenseitige Verständnis und Zusammenwirken gefördert werden kann. Schliesslich haben der rechtliche und gesundheitsfördernde Ansatz dasselbe Ziel und setzen dafür ihre je eigenen Mittel ein.

C. Gang der Untersuchung

- 16 Um Interessierten anderer Fachrichtungen und aus anderen Ländern den Zugang zum Thema zu erleichtern, wird eingangs in einem *ersten Teil* die aktuelle **Rechtslage** in der Schweiz dargestellt und auf die verbesserungswürdigen Punkte hingewiesen. Wer damit jedoch schon vertraut ist, kann nach der Lektüre der beiden Leiturteile (S. 7 ff.), auf die später immer wieder zurückgegriffen wird, gleich beim zweiten Teil (S. 59) einsetzen.
- 17 Aufgrund des Befundes, dass der psychische Gesundheitsschutz im Gegensatz zum physischen nur auf Generalklauseln beruht, wird im *zweiten Teil* der Versuch unternommen, die Rechtslage zu **konkretisieren**. Bei der Untersuchung der psychischen Problematik zeigt sich, dass ein gewisses Theoriedefizit besteht. Es wirkt sich hier aus, dass sich der öffentliche Arbeitsschutz offenbar im toten Winkel zwischen Verwaltungsrecht⁹, Arbeitsrecht, Verfassungsrecht und Arbeitswissenschaft befindet. Auch das Verhältnis zwischen öffentlichrechtlichem und privatrechtlichem Schutz der Arbeitnehmenden ist noch keineswegs vollständig geklärt.

⁸ Ulich, Arbeitspsychologie, S. 547.

⁹ In der Auswertung der im «Schweizerischen Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht» erschienenen Beiträge wird das Arbeitsschutzrecht nicht einmal erwähnt (SCHINDLER BENJAMIN, 100 Jahre Verwaltungsrecht in der Schweiz, in: ZSR 2011 II, S. 366 ff.

Da der Schutz vor psychischen Risiken aus verschiedenen Gründen bei der Konkretisierung an Grenzen stösst, werden im *dritten Teil* Alternativen der **Selbstregulierung** geprüft. Im *vierten Teil* kommen wir aber auf den öffentlichrechtlichen Gesundheitsschutz zurück, um die Verbesserungsmöglichkeiten beim **Vollzug** und ein neues Verständnis der Arbeitsinspektion auszuloten. 18

Danach wenden wir uns im *fünften Teil* dem **Privatrecht** zu, um zu sehen, welcher Beitrag zur Verbesserung der Prävention von dieser Seite her zu erwarten ist, bzw. wo in diesem Rechtsbereich Verbesserungspotential besteht. 19

Komplexe multifaktorielle Probleme, wie die psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz, sind auch rechtlich nur auf verschiedenen Ebenen zu bewältigen (neben ausserrechtlichen Bemühungen). Im *sechsten Teil* wird daher noch das **Sozialversicherungsrecht** auf seinen Beitrag zur Verbesserung der Prävention hin untersucht, bevor zum *Schluss* ein Rückblick und ein Ausblick folgen. 20

Eine **Übersicht** über die Verbesserungsmöglichkeiten sowie Vorschläge zur Konkretisierung der Rechtsgrundlagen durch **Ergänzungen der Verordnung 3** zum Arbeitsgesetz finden sich im *Anhang*. 21

Teil 1: Ausgangslage

§ 1 Zwei Leiturteile

Als Einstieg in das Thema sollen zwei Leiturteile dienen. Sie bilden den Ausgangspunkt zur Darstellung der aktuellen schweizerischen **Rechtslage** in den folgenden Kapiteln (§ 3 und 4). Im ersten Fall ging es um eine Intervention eines Arbeitsinspektorats im Hinblick auf Konflikte am Arbeitsplatz und im zweiten um eine zivilrechtliche Haftung der Arbeitgeberin für Überanstrengung. 22

A. Öffentlichrechtlicher Arbeitsschutz

Das Urteil des Bundesgerichts vom 9. Mai 2012¹ beruht auf folgendem **Sachverhalt**: Eine Treuhand-Aktiengesellschaft mit etwa zehn Angestellten wurde vom Alleinaktionär und Geschäftsführer A. geleitet. Dieser ist in zahlreichen Arbeitgeberverbänden des Baugewerbes aktiv. Seine Firma erledigte für diese Verbände die Personaladministration sowie buchhalterische und beratende Aufgaben. Der Stellvertreter und die «rechte Hand» von A. war Herr C. Diesen beiden Herren waren je etwa die Hälfte der Beschäftigten unterstellt. 23

Im Dezember 2008 war ein schwerer **Konflikt** zwischen der Angestellten B. und ihrem Vorgesetzten C. ausgebrochen, der dazu geführt hatte, dass B. vier Monate später arbeitsunfähig geworden war. Sie deponierte Ende April 2009 eine Beschwerde beim kantonalen Arbeitsinspektorat wegen mangelndem Konfliktmanagement. Das daraufhin eröffnete Verfahren sistierte das Arbeitsinspektorat auf Begehren von A., weil dieser wünschte, mit B. eine einvernehmliche Lösung zu finden. Dafür wurde ihm eine Frist von 30 Tagen bewilligt. Als Mediator schlug A. die Person vor, welche für seine Firma den Buchhaltungsabschluss erstellt hatte. Dieser Vorschlag wurde aber von B. abgelehnt. 24

Schon kurze Zeit später musste B. notfallmässig in einer **psychiatrischen Klinik** hospitalisiert werden. Ende August 2009 kündigte B. ihr Arbeitsverhältnis und warf C. Mobbing vor. Sie beanstandete, dass A. seinerseits zu ihrem Schutz dagegen nicht eingeschritten sei, obwohl er informiert gewesen sei. 25

¹ 2C_462/2011; s. auch FULD STÉPHANIE, Règles d'interventions, in: Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 13. Juni 2012.

- 26 Im Rahmen des Verwaltungsverfahrens setzte das **Arbeitsinspektorat** der Treuhandfirma eine Frist, um ein Dokument mit den internen Regeln einzureichen. Diese sollten sicherstellen, dass in Zukunft Arbeitskonflikte und alle Beeinträchtigungen der Persönlichkeit ausserhalb der Hierarchie («hors hiérarchie») bewältigt werden können und die Arbeitnehmenden entsprechend informiert werden. Diese Frist hielt die Treuhandfirma ein. Sie sah freilich nur einen internen Ablauf bei Konflikten vor, aber keine Möglichkeit, eine Person ausserhalb der Hierarchie beizuziehen.
- 27 Nach weiteren Versuchen des Arbeitsinspektorats, mit der Treuhandfirma eine Lösung zu finden, erliess diese Behörde am 16. August 2010 eine **Verfügung**: Die Adressatin habe eine Vertrauensperson ausserhalb der Hierarchie zu bezeichnen, an die sich das Personal bei Konflikten wenden kann; die Angestellten seien diesbezüglich zu informieren. Als Alternative räumte das Arbeitsinspektorat der Treuhandfirma die Möglichkeit ein, innert Frist eine Fachperson zu bezeichnen, welche innert einer weiteren Frist auf Kosten der Treuhandfirma ein Gutachten zu erstellen habe zur Frage, ob der Schutz der Arbeitnehmenden durch die firmeninterne Regelung gewahrt werde.
- 28 Gegen diese Verfügung erhob die Treuhandfirma **Rekurs**. Dieser wurde vom kantonalen Verwaltungsgericht jedoch abgewiesen mit (zusammengefasst) folgender Begründung²: Angesichts der Struktur dieses Betriebes sei für das Personal die Möglichkeit, eine externe Vertrauensperson bei Konflikten beizuziehen, notwendig und verhältnismässig. Der Rechtslage entspreche es ebenfalls, dass das Arbeitsinspektorat der Arbeitgeberin die Möglichkeit gewährt hat, mittels Fachexpertise den Nachweis zu erbringen, dass der Schutz der Arbeitnehmenden durch die von ihr vorgesehenen Massnahmen im selben Umfang gewährleistet ist.
- 29 Diesen Entscheid hat das **Bundesgericht** vollumfänglich geschützt. Art. 6 ArG sei eine genügende gesetzliche Grundlage, auch wenn der Beizug einer externen Vertrauensperson nur in der Begleitung des SECOs zum ArG explizit erwähnt werde (E. 4). Diese Massnahme sei für ein Unternehmen mit der Struktur dieser Treuhandfirma geboten und verhältnismässig (E. 5).

B. Privatrechtliche Fürsorgepflicht

- 30 Als Leiturteil für die privatrechtliche Haftung einer Arbeitgeberin wegen Missachtung des psychischen Gesundheitsschutzes wird hier das Urteil des Bundesgerichts vom 17. Oktober 2005³ **zusammengefasst**⁴: Eine Kosmetik-

² Urteil des Verwaltungsgerichts Genf vom 5. April 2011 (ATA/225/2011).

³ 4C.24/2005.

beraterin war im Zeitpunkt ihrer Erkrankung seit vier Jahren angestellt, zunächst in der Funktion einer Gruppenleiterin und später als Ausbilderin. Als Ausbilderin hatte sie zehn Verkaufsberaterinnen zu rekrutieren und zu betreuen. In ihrer Zielvereinbarung war festgelegt, dass jede ihrer Untergebenen einen Umsatz von monatlich 7'000 Franken erreichen musste. Alle Arbeitnehmerinnen wurden von der Geschäftsleitung fast ununterbrochen unter Druck gesetzt, sich stärker um die Akquisition neuer Klientschaft zu bemühen und den Umsatz zu steigern. Die Ausbilderin erlitt eine schwere Depression, was zu einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit führte.

In dieser systematischen **Überbeanspruchung** und im über längere Zeit ausgeübten Druck sah das Bundesgericht die natürliche und adäquate Ursache für die Gesundheitsschädigung⁵:

Cette organisation commerciale, et ce système délibéré, étaient de nature, dans des circonstances semblables, à entraîner à terme la dégradation de la santé des personnes qui y étaient exposées. Pour ce motif, le rapport de causalité adéquate entre les exigences de l'employeur et la dégradation de la santé de la travailleuse était également donné.

Die Klägerin wird als sehr flexibel und motiviert geschildert, die sich sehr darum bemüht habe, die gesetzten Ziele zu erreichen. Die ersten **Gesundheitsprobleme** waren zwei Jahre nach der Anstellung aufgetreten und hingen damals zum Teil auch mit einer Schwangerschaft zusammen. Nach der Geburt arbeitete die Klägerin mit einem reduzierten Pensum von 75% weiter. Nach zwei kürzeren Krankheitsabsenzen musste sie vollständig arbeitsunfähig erklärt werden infolge Überanstrengung («pour surmenage»). Dies war viereinhalb Jahre nach Antritt der Stelle. Der behandelnde Arzt diagnostizierte eine schwere Depression mit vollständigem Funktionsverlust. Einem Vertrauensarzt der Krankentaggeldversicherung war aufgefallen, dass ihm mehrere Angestellte desselben Unternehmens zugewiesen worden waren. Die Ausbilderin war nach ihrer Erkrankung an einer Depression erneut schwanger geworden und gebar 13 Monate nach Eintritt ihrer vollständigen Arbeitsunfähigkeit ihr zweites Kind.

Das Kantonsgerichts des Kantons Waadt sprach der Klägerin, welche in der Zwischenzeit Leistungen der Invalidenversicherung beanspruchen musste, eine **Genugtuung** von 15'000 Franken gestützt auf Art. 49 OR zu neben Auslagenersatz aufgrund von Art. 327a und b OR von mehreren zehntausend Franken. Das Bundesgericht bestätigte dieses Urteil, reduzierte jedoch die Genugtuung auf 10'000 Franken.

⁴ Dieses Urteil ist schon verschiedentlich besprochen worden, z.B. DUNAND, S. 106; GABATHULER, S. 39; PORTMANN, Stresshaftung, S. 4; PORTMANN, Genugtuung, S. 5; MURER, S. 418 und 423 ff.

⁵ BGer vom 17.10.2005 4C.24/2005 E. 7.2.

C. Zusammenfassung und Ausblick

- 34 Die beiden Gerichtsentscheide haben ihren Ursprung in zwei typischen *Arten* von psychischen Belastungen am Arbeitsplatz. Dies sind zum einen **interpersonelle Ursachen** (wie im Leiturteil 1), nämlich Konflikte, aber auch Mobbing, sexuelle Belästigung, Diskriminierung und Führungsmängel. Zum anderen belastet Arbeitnehmende die Ausgestaltung der **Arbeitsorganisation** (wie im Leiturteil 2).
- 35 Die beiden Leiturteile machen deutlich, dass der rechtliche Schutz vor psychischen Gesundheitsgefahren einerseits im **öffentlichen Recht** und andererseits im **Privatrecht** verankert ist. Durch Missachtung des psychischen Gesundheitsschutzes können Arbeitgebende sowohl privatrechtliche wie auch öffentlichrechtliche Normen verletzen⁶. Die Schutznormen des öffentlichen Rechts beruhen auf einer vertikalen Beziehung zwischen Staat und Arbeitgebenden (selten den Arbeitnehmenden), während die privatrechtlichen Schutznormen eine horizontale Wirkung zwischen den Vertragsparteien entfalten⁷.
- 36 Die öffentlichrechtlichen Normen unterstehen der *Offizialmaxime*, d.h. sie sind von der zuständigen Behörde **von Amtes wegen** zu überwachen, und gegebenenfalls sind Verstösse zu sanktionieren⁸. Ein Verstoß gegen privatrechtliche Normen kann hingegen nur auf **Klage** von betroffenen Arbeitnehmenden hin sanktioniert werden (*Dispositionsmaxime*)⁹.
- 37 Die öffentlichen Arbeitsschutznormen dienen dem Schutz des **Kollektivs** (wie den Arbeitnehmenden der Treuhandfirma), können jedoch auch von einzelnen Betroffenen angerufen werden. Das private Haftungsrecht hat hingegen primär die Funktion für Schadensausgleich zu sorgen zu Gunsten einer **einzelnen geschädigten Person** (hier der Kosmetik-Ausbildnerin)¹⁰. Sekundär bewirkt allein die Existenz von Haftungsnormen¹¹ (gegebenenfalls auch Strafdrohungen), wie auch das Verbot missbräuchlicher Kündigungen¹², dass Arbeitgebende für gesunde Arbeitsbedingungen zum Wohl ihrer Beschäftigten sorgen.
- 38 Ziel des öffentlichen Arbeitsschutzrechts ist es, Risiken zu reduzieren. Es ist damit hauptsächlich auf die **Zukunft** ausgerichtet, auch wenn Erfahrungen

⁶ MOOR, S. 133 f.; PORTMANN, Stresshaftung, S. 7; SONNENBERG, S. 177; TSCHUDI, Prävention, S. 303.

⁷ AUBRY GIRARDIN, Rz. 59; BRÜCKNER, S. 42.

⁸ MOOR, S. 129.

⁹ AUBRY GIRARDIN, Rz. 72; BRÜCKNER, S. 42; MÜLLER-PETZER, S. 35.

¹⁰ FREI, Rz. 601; HÜRZELER, S. 154.

¹¹ GALLI, S. 65 ff. m.w.H.; HÜRZELER, S. 155 und 164 f.; SONNTAG, S. 226.

¹² HUMBERT, S. 1471; LICCI SARA, PÄRLI KURT, Kündigungsschutz im Wandel – quo vadis? in: Jusletter 20. Juni 2011, Rz. 6 und 20.

aus der **Vergangenheit** (wie der Konflikt zwischen B. und A. in der Treuhandfirma) in die Prävention einfließen¹³. Eine zivilrechtliche Haftungsnorm kann hingegen erst angerufen werden, wenn sich das Risiko verwirklicht hat und ein Schaden (bzw. immaterielle Unbill wie bei der erkrankten Kosmetik-Ausbildnerin) eingetreten ist. Somit dient das Privatrecht primär der Bewältigung der Vergangenheit durch Schadensausgleich¹⁴. Sowohl Haftungsnormen wie auch das Verbot missbräuchlicher Kündigungen können auf Arbeitgebende mittelbar eine generalpräventive Wirkung für die Zukunft entfalten¹⁵.

Ob eine Norm öffentlichrechtlich (vertikal, vom Staat an Arbeitgebende) oder 39
privatrechtlich (mit horizontaler Wirkung zwischen den Vertragsparteien) ist, geht primär aus dem **Regelungsort** hervor¹⁶. Die Rechtsquellen zum Schutz vor Gesundheitsbeeinträchtigungen der Arbeitnehmenden finden sich einerseits im Bundesverwaltungsrecht (Arbeitsschutzrecht¹⁷) und andererseits im Privatrecht (Fürsorgepflicht, Haftung und Schutz vor missbräuchlichen Kündigungen).

Der Inhalt der öffentlichrechtlichen, wie auch der privatrechtlichen Rechts- 40
normen wird in den folgenden Kapiteln knapp dargestellt als Ausgangslage für die Diskussion von Verbesserungsmöglichkeiten.

¹³ ERRASS, Risiko, S. 26; HÜRZELER, S. 156; VON TROTHA, S. 103.

¹⁴ HÜRZELER, S. 154; SONNTAG, S. 227.

¹⁵ GALLI, S. 66; HACHEM, S. 210, WAGNER, S. 363 f. und 454 f.

¹⁶ AUBRY GIRARDIN, Rz. 66 ff., s. auch BGE 128 III 250.

¹⁷ Dieser Begriff wird als Oberbegriff verwendet und umfasst sowohl Verhütung von *Berufsunfällen* und *Berufskrankheiten* (Arbeitssicherheit) wie auch den übrigen durch das Arbeitsgesetz angestrebten «Gesundheitsschutz» bzw. «Gesundheitsvorsorge», d.h. Schutz vor *Erkrankungen* (so auch GÄCHTER, Arbeitsschutz, Rz. 19).

§ 2 Arbeitsschutz

- 41 Eine besondere Schwierigkeit im schweizerischen Recht besteht darin, dass der öffentlichrechtliche Schutz vor Unfallgefahren (die ihren Ursprung auch in psychischen Belastungen haben können) im **Unfallversicherungsgesetz** UVG geregelt ist, während die Arbeitsschutznormen hinsichtlich der übrigen physischen und psychischer Gefahren im **Arbeitsgesetz** ArG zu finden sind. Mit der Darstellung der heutigen Rechtslage wird das Verbindende aufgezeigt und deutlich gemacht, wie stark im Arbeitsschutz das Gewicht auf der Verhütung von Unfällen liegt, so dass nachvollziehbar wird, dass sich ein psychischer Gesundheitsschutz einen gleichwertigen Platz in diesem Umfeld erst noch erobern muss.

A. Primäre Verantwortung der Arbeitgebenden

- 42 Sowohl Art. 6 ArG, als auch Art. 82 UVG und Art. 328 OR bringen klar zum Ausdruck, dass die primäre Verantwortung für den Arbeitsschutz (Unfallverhütung und Gesundheitsschutz) beim «**Arbeitgeber**»¹ liegt. Diesen Vorschriften unterstehen alle Betriebe, die in der Schweiz Arbeitnehmende beschäftigen (Art. 81 Abs. 1 UVG, Art. 1 Abs. 3 ArG², Art. 116 bzw. Art. 121 IPRG, Art. 18 ff. LugÜ).
- 43 Der Begriff «**Arbeitnehmer**» ist beim öffentlichrechtlichen Gesundheitsschutz weiter gefasst, als es das OR vorsieht. Er schliesst zum Beispiel auch die Personen mit ein, die ehrenamtlich oder für ein Praktikum im Betrieb beschäftigt werden genauso wie Heimarbeitnehmende, Lehrlinge (Art. 1 ArGV1, Art. 1a Abs. 1 UVG) und ausgeliehene Beschäftigte (Art. 9 ArGV3)³ sowie Beschäftigte in Lehr und Invalidenwerkstätten (Art. 1a Abs. 1 UVG). Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz sind Bestandteile der minimalen Arbeitsbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmenden (Art. 2 Ents-G). Für die Einhaltung dieser Bestimmungen sorgen die paritätischen Organe eines Gesamtarbeitsvertrages (Art. 7 Ents-G) bzw. die tripartiten Kommissionen (Art. 360b OR).

¹ SCHEIDEGGER/PITTELOUD, Art. 6 ArG N 13 und 29; LETSCH, Rz. 140.

² Ob das ArG auf Arbeitnehmende anwendbar ist, die für einen Betrieb mit Sitz in der Schweiz im Ausland arbeiten, ist umstritten. Vgl. dazu GEISER, HK, Art. 1 ArG N 19 ff.

³ SCHEIDEGGER/PITTELOUD, Art. 6 ArG N 13.

Arbeitgebende haben auf eigene Kosten⁴ die **Massnahmen** zum Schutz der Gesundheit und der persönlichen Integrität vorzunehmen, welche nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind (Art. 6 Abs. 1 ArG, Art. 82 Abs. 1 UVG, Art. 328 OR). Es gilt also hier das Verursacherprinzip⁵.

Der Gesundheitsvorsorge dienen auch die Vorschriften über die Gestaltung von **Gebäuden und Arbeitsplätzen** (ArGV3). Neben allgemeinen Bauvorschriften sind für industrielle und besonders gefährliche Betriebe spezielle Vorschriften zu beachten (Art. 7 und 8 ArG, ArGV4). Diese Betriebe haben für geplante Betriebe eine Plangenehmigung und nach der Erstellung des Gebäudes eine Betriebsbewilligung einzuholen (Art. 37 ff. und Art. 42 ff. ArGV4)⁶.

Gemäss klarem Wortlaut der verschiedenen Präventionsbestimmungen (Art. 6 ArG, Art. 6 ArGV3, Art. 5 VUV) besteht eine **Hierarchie der Pflichten**⁷: zunächst eine primäre Verantwortung der Arbeitgebenden (1), Risiken zu eliminieren oder zu reduzieren, andernfalls (2) die Arbeitnehmenden kollektiv durch technische oder organisatorische Massnahmen zu schützen. Wenn diese nicht genügen, muss (3) ein individueller Schutz durch persönliche Schutzausrüstungen erfolgen.

B. Beteiligung der Arbeitnehmenden

I. Im Betrieb

Im Vordergrund stehen beim Arbeitsschutz die Pflichten der Arbeitgeberin, doch sind Unfallverhütung und Gesundheitsvorsorge als **Gemeinschaftsaufgabe** konstruiert⁸. Sowohl durch das öffentliche wie das private Recht werden auch die Arbeitnehmenden mit in die Pflicht genommen.

Die Arbeitnehmenden haben den **Weisungen** ihrer Vorgesetzten Folge zu leisten (Art. 321d OR, Art. 11 VUV, Art. 10 Abs. 1 ArGV3). Sie müssen bei der Durchführung der Präventionsmassnahmen mitwirken und diese unter-

⁴ SECO, Wegleitung zu Art. 2 ArGV3: «Kosten für Schutz- und Vorsorgemassnahmen, insbesondere jene für die Schulung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen und alle anderen, die aus angeordneten Massnahmen entstehen, gehen zu Lasten des Arbeitgebers. Dieser darf die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen für die getroffenen Massnahmen finanziell nicht belasten.» (S. 302-2); DUNAND, S. 108.

⁵ Vgl. unten Rz. 441 und Rz. 635 ff.

⁶ TSCHUDI, Arbeitsschutzrecht, S. 43 f.; TSCHUDI, Prävention, S. 305.

⁷ SONNENBERG, S. 191 FN 742.

⁸ MÜLLER ROLAND A., Art. 6 Abs. 3 ArG N 1; TSCHUDI, Prävention, S. 304.

stützen (Art. 6 Abs. 3 ArG, Art. 82 Abs. 3 UVG). Stellen sie Mängel fest, sollen sie diese selber beseitigen oder melden (Art. 11 Abs. 2 VUV, Art. 10 Abs. 2 ArGV3). Sie haben sich arbeitsmedizinischen Untersuchungen zu unterziehen, wenn sie in einem Betrieb arbeiten, der dies erfordert (Art. 70 ff. VUV, Art. 43–45 ArGV1).

- 49 Ergänzend zu den gesetzlich umschriebenen Verantwortungsbereichen der einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, haben alle Arbeitnehmenden bzw. ihre betriebliche Vertretung (Betriebs- oder Personalkommission) ein **Mitspracherecht** in Fragen des Gesundheitsschutzes (Art. 6 Abs. 3 ArG, Art. 82 Abs. 2 UVG), der Organisation der Arbeitszeit und deren Gestaltung, sowie Präventionsmassnahmen für Nachtarbeitende (Art. 48 ArG)⁹. Dieses Recht beinhaltet Information und Konsultation und einen Anspruch auf Begründung durch die Arbeitgebenden, wenn sie den Anliegen der Arbeitnehmerschaft nicht vollständig entsprechen (Art. 48 Abs. 2 ArG). Bei Verschiebung des Zeitraums von Tages- und Sonntagsarbeit (Art. 10 Abs. 2 und Art. 18 Abs. 2 ArG) handelt es sich um ein Zustimmungsrecht¹⁰.
- 50 Das Mitwirkungsgesetz (MWG) regelt die Organisation der **Mitwirkung** (Wahl, Informationsflüsse, Grundsätze der Zusammenarbeit). Eine Arbeitnehmervertretung im Betrieb ist nicht obligatorisch; in Unternehmen ab 50 Angestellten besteht ein Anspruch auf eine Vertretung (Art. 3 MWG). Die Vorschriften über die Mitwirkung sind in der Schweiz jedoch wenig bekannt, werden nicht häufig genutzt und dort, wo sie (wie beim Gesundheitsschutz) zwingend sind, ungenügend durchgesetzt.
- 51 Bei einem angemeldeten **Besuch einer Vollzugsbehörde** sind Arbeitnehmende oder ihre betriebliche Vertretung zu informieren und auf ihren Wunsch (bzw. bei unangemeldeten Besuchen zwingend) beizuziehen. Von Anordnungen der Vollzugsbehörde sind sie sodann in Kenntnis zu setzen (Art. 71 ArGV1).

II. Überbetriebliche Ebene

- 52 Sozialpartner sind auf verschiedenen Ebenen bei der Durchführung des Arbeitsschutzes beteiligt, obwohl das Anliegen der Gewerkschaften, direkt beim Vollzug mitzuwirken bei der Gesetzgebung nicht berücksichtigt wurde¹¹:

⁹ GÄCHTER, Arbeitsschutz, Rz. 203; MÜLLER ROLAND A., Art. 6 Abs. 3 ArG N 1; MÜLLER, ROLAND A., Arbeitszeitfragen, S. 69; WOLFER, Rz. 68.

¹⁰ MÜLLER ROLAND A., Arbeitszeitfragen, S. 69.

¹¹ TSCHUDI, Arbeitsrecht, S. 440 f.; TSCHUDI, Arbeitsschutzrecht, S. 15 f. Davon ist nur ein gewisser Vorrang von Sanktionen aufgrund eines GAV (Art. 51 Abs. 3 ArG) als «bescheidener Rest» geblieben (TSCHUDI, Arbeitsrecht, S. 441).

Einflussmöglichkeiten auf den Vollzug bestehen durch **institutionelle Beteiligungen** in der Eidgenössischen Arbeitskommission EAK (Art. 43 ArG), bei der Anhörung vor Erlass von Verordnungen zum ArG (Art. 40 Abs. 2 ArG)¹², durch Mitarbeit in der Eidgenössischen Koordinationskommission für Arbeitssicherheit EKAS (Art. 85 UVG)¹³ und innerhalb der Suva (Art. 63 UVG)¹⁴. Einfluss nehmen auf den Vollzug können die Sozialpartner zudem branchenspezifisch bei den sogenannten «Branchenlösungen»¹⁵.

Gesamtarbeitsverträge können Massnahmen zu Einhaltung und Vollzug der Gesundheitsprävention beinhalten¹⁶. Die Vollzugsbehörden ihrerseits haben auf Gesamtarbeitsverträge Rücksicht zu nehmen (Art. 51 Abs. 3 ArG)¹⁷. 53

Sozialpartner können auch bei paritätischen Kontrollorganen aufgrund eines Gesamtarbeitsvertrages bei der Einhaltung von Arbeitsschutzbestimmungen bei der Ausführung **öffentlicher Aufträge** beteiligt sein (Art. 6 BöB, Art. 6 VöB). 54

C. Beizug von Fachleuten

Unfallverhütung und Gesundheitsprävention am Arbeitsplatz setzen mitunter spezifische Fachkenntnisse voraus. Die Delegation von Aufgaben der Gesundheitsvorsorge an geeignete Arbeitnehmende oder der Beizug von (externen) **Spezialisten** der Arbeitssicherheit¹⁸ entbindet die Arbeitgeberin nicht von ihrer Verantwortung (Art. 7 Abs. 4 ArGV3 und Art. 11a Abs. 3 VUV). Sie hat den Arbeitnehmenden Zeit für die fachliche Aus- und Weiterbildung einzuräumen und darauf bedacht zu sein, dass ihnen aus dieser Tätigkeit keine Nachteile erwachsen (Art. 7 Abs. 2 ArGV3). 55

Welchen **Anforderungen** von den Unternehmen beigezogene Fachleute genügen müssen, ist nur für den Bereich der Unfallverhütung geregelt, nicht aber für die Personen, die für den Schutz vor psychischen Gefährdungen verantwortlich sind. Der Bundesrat erlässt allein aufgrund des UVGs Vorschriften über die Mitwirkung von Arbeitsärzten¹⁹ und andern Spezialisten der Arbeitssicherheit (Art. 83 Abs. 2 UVG), über deren Aufgaben und die fachli- 56

¹² GÄCHTER, Arbeitsschutz, Rz. 8; TSCHUDI, Arbeitsrecht, S. 440; TSCHUDI u.a., Einleitung, N 28.

¹³ Unten Rz. 81.

¹⁴ Unten Rz. 69.

¹⁵ Unten Rz. 83.

¹⁶ LETSCH, Rz. 179, eingehender dazu unten Rz. 596 ff.

¹⁷ GÄCHTER, Arbeitsschutz, Rz. 8; TSCHUDI, Arbeitsschutzrecht, S. 16.

¹⁸ KRUMMENACHER/GÜGGI, Rz. 24 ff.; GEISER, Arbeitsärztlicher Dienst, S. 72 f.

¹⁹ GEISER, Arbeitsärztlicher Dienst, S. 71 f.

chen Anforderungen, denen sie zu genügen haben (Art. 11a ff. VUV und VO zum ArG²⁰).

- 57 Welche **Betriebe** aufgrund der Anzahl von Beschäftigten und des Gefahrenpotentials (Art. 11a Abs. 2 VUV) Spezialistinnen und Spezialisten der Arbeitssicherheit beizuziehen haben, regelt die von der Eidgenössischen Koordinationskommission für Arbeitssicherheit EKAS²¹ erlassene EKAS-Richtlinie 6508²². Zuständig sind die Spezialistinnen und Spezialisten für die Gefahrenanalyse, Beratung und Orientierung der Arbeitgebenden primär bezüglich Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten (Art. 11e VUV).
- 58 Werden in einem Betrieb Spezialistinnen und Spezialisten der Arbeitssicherheit gemäss Art. 83 Abs. 2 UVG beigezogen, müssen sie auch die Anforderungen der physischen und psychischen **Gesundheitsvorsorge** mit einbeziehen (Art. 7 Abs. 3 ArGV3). Bei der betrieblichen Umsetzung haben dann wiederum die Arbeitnehmenden mitzuwirken²³.

D. Behördliche Durchsetzung

- 59 Die Wirksamkeit einer gesetzlichen Regelung hängt stark von den **Durchsetzungsinstrumenten** ab. Wie der Vollzug des Arbeitsschutzes heute kontrolliert und sanktioniert wird, soll nachfolgend dargelegt werden.

I. Verfahren

- 60 Für die Durchsetzung öffentlichrechtlicher Vorschriften genügt eine **Anzeige** der Arbeitnehmenden bei der zuständigen Behörde (Art. 54 ArG)²⁴. Wegen des geringen Kündigungsschutzes²⁵ dürften wohl Anzeigen meist von Gewerkschaften und nicht von einzelnen Arbeitnehmenden erfolgen²⁶. Stellen

²⁰ VO über die Eignung der Spezialistinnen und Spezialisten der Arbeitssicherheit vom 25.11.1996, SR 822.116.

²¹ Unten Rz. 81 ff.

²² Zu beziehen bei: EKAS, Geschäftsstelle, Fluhmattstrasse 1, CH-6002 Luzern.

²³ Oben Rz. 48 ff.

²⁴ CANNER/SCHOOP, Art. 6 ArG Anm. 1, S. 20; SCHEIDEGGER/PITTELOU, Art. 6 ArG N 34; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 17; TSCHUDI u.a., Einleitung, N 46; WAEGER, Mobbing, S. 795; BGer vom 22.3.2001, 2A.423/2000.

²⁵ WYLER, Droit du travail, S. 530.

²⁶ Die vom SECO publizierten Jahresberichte über die Arbeitsaufsicht geben über die Anzahl von Anzeigen und die Herkunft der anzeigenden Personen keinen Aufschluss. TSCHUDI Arbeitsschutzrecht, S. 99.

Durchführungsorgane (Suva, Arbeitsinspektorate, Fachorganisationen) bei einer Kontrolle oder auf Anzeige hin fest, dass Vorschriften der Gesundheitsvorsorge nicht eingehalten werden, haben sie diese durchzusetzen²⁷.

Die Vollzugsbehörden haben verschiedene **Durchsetzungsmittel**. Sie können 61 aufgrund von Art. 6 ArG oder Art. 82 UVG der Arbeitgeberin Frist zur Beseitigung von Mängeln setzen und bei Nichtbefolgen Verwaltungszwang anwenden (Art. 50 ff. ArG, 86 UVG)²⁸. Hat die Behörde Zweifel, ob ein Betrieb die Anforderungen der Gesundheitsvorsorge erfüllt, hat dieser auf Verlangen ein fachtechnisches Gutachten beizubringen (Art. 4 ArGV3)²⁹. Eine solche Verfügung hat wohl dieselbe faktische Wirkung wie eine Mahnung, sie belässt den Unternehmen aber einen Gestaltungsspielraum³⁰.

Das **förmliche Verfahren** wird mit einer Ermahnung eingeleitet (Art. 62 62 VUV, Art. 51 ArG)³¹. In dringenden Fällen kann aber auch direkt eine Verfügung erlassen werden und es muss nicht abgewartet werden, ob die Arbeitgeberin der Mahnung Folge leistet (Art. 64 VUV, Art. 51 Abs. 2 ArG). Gegen diese Verfügungen steht der Rechtsweg offen³².

II. Zwangsmassnahmen und Sanktionen

Zur **Vollstreckung** von rechtskräftigen Verfügungen können Zwangsmass- 63 nahmen (Art. 41 VwVG) in Frage kommen, nämlich Ersatzvornahme, d.h. Ausführung der Präventionsmassnahme durch Dritte auf Kosten des fehlbaren Unternehmens oder unmittelbarer Zwang, d.h. Benützung von Räumen und Einrichtungen verhindern, ja sogar den Betrieb für gewisse Zeit schliessen (Art. 67 VUV, Art. 52 ArG)³³. Das «Crescendo» von Massnahmen erlaubt

²⁷ Verstösse gegen die Arbeits- und Ruhezeiten (73) werden weit häufiger (mit Strafandrohung) geahndet als Verstösse gegen Gesundheitsschutz und Plangenehmigung (6) gemäss SECO, Arbeitsaufsicht – Berichterstattung 2010, S. 8. Im Jahresbericht 2011 (S. 11) weist das SECO die Zahlen nicht mehr nach diesen Kategorien aus. Verstösse gegen Arbeits- und Ruhezeiten werden offenbar auch unter Verstössen gegen Gesundheitsschutz erfasst; dies sind 2011 aber nur mehr 38 Verfügungen.

²⁸ AUBRY GIRARDIN, Rz. 773 f.; TSCHUDI, Prävention, S. 306; LETSCH, Rz. 198.

²⁹ LÄUBLI/MÜLLER, S. 30.

³⁰ AUBRY GIRARDIN, Rz. 780.

³¹ AUBRY GIRARDIN, Rz. 781.

³² Einsprache (Art. 52 ATSG) und/oder Beschwerde (Art. 56 ATSG, Art. 56 ArG). TSCHUDI u.a., Einleitung, N 50.

³³ AUBRY GIRARDIN, Rz. 784 und 790; VOEGELI, S. 314.

den Behörden das Verhältnismässigkeitsprinzip einzuhalten³⁴. In der Praxis beschränken sich die Sanktionen jedoch häufig auf Mahnungen³⁵.

- 64 Eine spezielle Sanktion ist bei Verstössen gegen die Vorschriften für die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten VUV vorgesehen: Die **Prämien** für die Versicherung dieser Risiken können für die Zukunft erhöht werden (Art. 92 Abs. 3 UVG, Art. 66 VUV)³⁶, und zwar um mindestens 20% (Art. 113 Abs. 2 UVV). Eine Prämienhöhung kann selbst dann angeordnet werden, wenn der Unfall durch den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin verursacht wurde³⁷. Diese haben dann ihrerseits u.U. mit Kürzungen ihrer Versicherungsleistungen zu rechnen (Art. 37 ff. UVG).
- 65 Sowohl das ArG wie das UVG enthalten **Strafbestimmungen**, um schwerwiegende Verstösse gegen die Arbeitssicherheit als Vergehen zu sanktionieren. Diese haben in der Praxis aber hauptsächlich generalpräventive Wirkung³⁸. Als Täter kommen sowohl Arbeitgebende (Art. 112 Abs. 4 UVG, Art. 59 Abs. 1 ArG, (Art. 6 VwStr), als auch Arbeitnehmende³⁹ (Art. 113 UVG, Art. 60 ArG) in Betracht.
- 66 Neben diesen Spezialtatbeständen des Verwaltungsstrafrechts kommen u.U. auch Strafen für **Tatbestände des StGB** zur Anwendung wie fahrlässige Tötung oder Körperverletzung bzw. Tötlichkeit (Art. 117, 122, 123, 125, 126 StGB)⁴⁰. Nach Art. 230 StGB ist zudem «Beseitigen und Nichtanbringen von Sicherheitsvorrichtungen» und das Missachten behördlicher Verfügungen (Art. 292 StGB i.V. m. Art. 41 Abs. 1 lit. d und c VwVG) als Übertretung strafbar.

³⁴ AUBRY GIRARDIN, Rz. 789.

³⁵ AUBRY GIRARDIN, Rz. 775.

³⁶ Vgl. BGer vom 2.6.2004, U 240/03; TSCHUDI, Prävention, S. 305.

³⁷ BGE 116 V 255 ff.

³⁸ TSCHUDI, Arbeitsschutzrecht, S. 102; Im Jahr 2011 wurden 15 Strafurteile ausgesprochen (11 betr. Arbeits- und Ruhezeiten, keines betr. Gesundheitsschutz und Plangenehmigung, 4 für Verstösse gegen Jugendarbeitsschutz und Unfälle laut SECO, Arbeitsaufsicht – Berichterstattung 2011, S. 11).

³⁹ WYLER, droit du travail, S. 149.

⁴⁰ Mobbing kann einer einfachen Körperverletzung gleichkommen (BGer vom 25.6.2012, 1B_730/2011, E. 4.), da auch psychische Beeinträchtigungen von einer gewissen Schwere als solche qualifiziert werden können (BGE 134 IV 189, E. 1.4).

III. Durchsetzung je nach Risiko

Historisch bedingt wird der Arbeitsschutz je **nach Risiko** (Unfall, Berufskrankheit, sonstige Krankheit) durch verschiedene Gesetze geregelt und von verschiedenen Behörden durchgesetzt⁴¹. 67

1. Vollzug betreffend Berufskrankheiten

Für die Überwachung der Vorschriften über die Verhütung von Berufskrankheiten ist die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt **Suva**⁴² ausschliesslich **zuständig** (Art. 50 VUV)⁴³. 68

Die **Suva** ist eine selbständige Unternehmung des öffentlichen Rechts (Art. 61 ff. UVG)⁴⁴. Sie versichert rund 1,9 Mio. Berufstätige gegen Berufsunfälle, Berufskrankheiten und ausserberufliche Unfälle. Ihr Verwaltungsrat besteht aus Arbeitgeber-, Arbeitnehmer- und Bundesvertretern (Art. 63 UVG). Die Suva verfügt über dezentrale Strukturen mit 15 Standorten über die ganze Schweiz verteilt (Art. 65 UVG). Für die Aufgaben der Prävention sind rund 300 Mitarbeitende tätig. Diese führten im Jahr 2011 26'191 Betriebsbesuche in 13'442 Betrieben durch⁴⁵. 69

Die Suva kann insbesondere zur Verhütung von Berufskrankheiten (Art. 9 UVG, Art. 14 UVV)⁴⁶ einzelne Betriebe **besonderen Vorschriften** über medizinische Vorsorge unterstellen (Art. 70 ff. VUV)⁴⁷. Im Jahr 2011 waren 19'725 Betriebe unterstellt⁴⁸. 70

⁴¹ AUBRY GIRARDIN, Rz. 742.

⁴² Diese Abkürzung hat sich für alle Landessprachen eingebürgert und soll bei einer Revision des UVGs auch in *dieser Schreibweise* im Gesetz verankert werden (BBl 2008, S. 5453).

⁴³ AUBRY GIRARDIN, Rz. 747; KNUTTI, S. 39; VOEGELI, S. 305.

⁴⁴ Vgl. «Die SUVA heute» in Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung vom 30.5.2008, BBl 2008, S. 5395 ff., S. 5447 ff.; AUBRY GIRARDIN, Rz. 743 ff.

⁴⁵ EKAS, Jahresbericht 2011, S. 45.

⁴⁶ Anhang 1 zur UVV enthält die Liste der schädigenden Stoffe und als Berufskrankheiten anerkannten Erkrankungen, wobei auch weitere Krankheiten im Einzelfall als Berufskrankheiten anerkannt werden können, wenn der Nachweis erbracht wird, dass die betreffende Krankheit ausschliesslich oder stark überwiegend durch die berufliche Tätigkeit verursacht worden ist (Art. 9 Abs. 2 UVG). S. dazu unten Rz. 824 ff.

⁴⁷ SONNENBERG, S. 197 f.

⁴⁸ EKAS, Jahresbericht 2011, S. 47.

2. Vollzug betreffend Berufsunfälle

- 71 Die **Zuständigkeit** im Bereich der Verhütung von Berufsunfällen ist in der Schweiz kompliziert geregelt⁴⁹. Es kommt auf die Art des Betriebes an, wer die Einhaltung der Vorschriften überwacht.
- 72 Die **Suva** ist zuständig für Betriebe mit spezifischen Betriebsgefahren und die gem. Art. 66 UVG obligatorisch bei ihr versicherten Betriebe (ca. 1,3 Mio. Arbeitnehmende)⁵⁰. Ausserdem obliegt ihr die Kontrolle von gefährlichen technischen Einrichtungen (Art. 49 VUV). Sie kann Fachorganisationen vertraglich mit den Kontrollfunktionen beauftragen, wenn spezielle Fachkenntnisse erforderlich sind (Art. 85 Abs. 3 UVG, Art. 51 VUV)⁵¹. Solche Verträge bestehen zurzeit mit sechs Fachorganisationen, welche im Jahr 2011 insgesamt 13'637 Betriebsbesuche in 10'026 Betrieben durchführten⁵².
- 73 Die Betriebe ausserhalb des Zuständigkeitsbereichs der Suva (d.h. das Gewerbe und die Dienstleistungsbetriebe, nämlich ca. 340'000 Arbeitsstätten⁵³ mit ca. 2,3 Mio. Arbeitnehmenden⁵⁴) werden gemäss Art. 47 VUV durch die **«kantonalen Durchführungsorgane des ArG»** beaufsichtigt. Die 26 kantonalen Arbeitsinspektorate führten im Jahr 2011 10'694 Besuche durch⁵⁵, indem sie sowohl die Einhaltung der Vorschriften zur Unfallverhütung (aufgrund des UVGs) als auch der Vorschriften zur Gesundheitsprävention (aufgrund des ArGs) kontrollierten.

3. Vollzug betreffend physische und psychische Risiken

- 74 Der Vollzug der Vorschriften des ArGs obliegt grundsätzlich den **Kantonen** (Art. 41 ArG, Art. 79 ArGV1)⁵⁶. Diese haben dafür kantonale Arbeitsinspektorate⁵⁷ eingerichtet, welche in den meisten Kantonen im Amt für Wirtschaft und Arbeit bzw. dem Volkswirtschaftsdepartement eingegliedert sind⁵⁸. Jeder

⁴⁹ KRUMMENACHER/GÜGGI, Rz. 28; AUBRY GIRARDIN, Rz. 190.

⁵⁰ EKAS-Mitteilungsblatt Nr. 65, Juni 2008, S. 5.

⁵¹ Eine Liste der Fachorganisationen findet sich im EKAS-Jahresbericht 2011, S. 61.

⁵² EKAS, Jahresbericht 2011, S. 60.

⁵³ EKAS, Jahresbericht 2011, S. 29.

⁵⁴ EKAS-Mitteilungsblatt Nr. 65, Juni 2008, S. 5.

⁵⁵ EKAS, Jahresbericht 2011, S. 29.

⁵⁶ GÄCHTER, Arbeitsschutz, Rz. 198 ff.; VOEGELI, S. 305.

⁵⁷ Siehe www.arbeitsinspektorat.ch. Diese haben ihre gesetzliche Grundlage in kantonalen Vollzugsgesetzen zum ArG.

⁵⁸ Z.T. sind die Behörden anders bezeichnet.

Kanton hat unterschiedliche Behörden und andere Strukturen⁵⁹ und zum Teil auch eine unterschiedliche Praxis⁶⁰.

Neben dem Vollzug des Arbeitsgesetzes, sind diese Amtsstellen **auch zuständig** für Verhütung von Berufsunfällen⁶¹. In einzelnen Kantonen obliegen ihnen auch Vollzugsaufgaben im Umweltschutz und die Aufsicht über das Konsumkreditgewerbe, die private Arbeitsvermittlung, den Personalverleih und die flankierenden Massnahmen im Rahmen der Personenfreizügigkeit mit der EU. 75

Für den Vollzug des ArGs in den Betrieben des Bundes (Art. 2 Abs. 2 ArG) bestehen zwei **Eidgenössische Arbeitsinspektorate** in Lausanne und Zürich (Art. 42 Abs. 2 und 4 ArG). Die Eidgenössische Arbeitsinspektion berät Beteiligte in speziellen Fragen. Sie koordiniert und unterstützt den öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutz zusammen mit dem Interkantonalen Verband für Arbeitnehmerschutz IVA⁶², dem die kantonalen Arbeitsinspektorate und die jeweiligen kantonalen Behörden angehören. Im Jahr 2011 bestanden bei der eidgenössischen Arbeitsinspektion 17,3 Stellen für Inspektionsaufgaben⁶³. Innerhalb des SECOs besteht aufgrund von Art. 42 Abs. 4 ArG ein Arbeitsärztlicher Dienst (heute Abteilung Grundlagen) mit beratenden Funktionen und einem Personalbestand von 7,8 Stellen⁶⁴. 76

In der Schweiz sind die **Krankenkassen**, die schliesslich durch Massnahmen der Krankheitsverhütung am Arbeitsplatz entlastet werden, an der Durchführung des ArGs nicht beteiligt⁶⁵. 77

IV. Vollzug durch Bund und Kantone

Die Zuständigkeit für den Vollzug im **Bereich ArG** liegt also grundsätzlich bei den Kantonen (Art. 41 ArG)⁶⁶, teilweise aber auch beim Bund (Art. 42 ArG). Das zuständige Bundesamt ist das Staatssekretariat für Wirtschaft 78

⁵⁹ AUBRY GIRARDIN, Rz. 737.

⁶⁰ Der Leitfall 1 (oben Rz. 23 ff.) zeigt, wie heikel dies sein kann. Ausführlich dazu unter Rz. 621.

⁶¹ S. oben Rz. 73.

⁶² SCHEIDEGGER/PITTELOUD, Art. 42 ArG N 5; siehe auch KRUMMENACHER WERNER, Die Rolle des Interkantonalen Verbandes für Arbeitnehmerschutz in: EKAS Mitteilungsblatt Nr. 72, Juni 2011, S. 24–27 und www.iva-ch.ch.

⁶³ EKAS, Jahresbericht 2011, S. 35.

⁶⁴ EKAS, Jahresbericht, 2011, S. 35; SCHEIDEGGER/PITTELOUD, Art. 42 ArG N 9. Dazu auch unten Rz. 659.

⁶⁵ TSCHUDI, Prävention, S. 307.

⁶⁶ Oben Rz. 74.

SECO. Es ist dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung unterstellt⁶⁷.

- 79 Für den Vollzug im **Bereich UVG** sind mehrere Organisationen zuständig, nämlich die Suva (Art. 49 und 50 VUV) mit den von ihr beauftragten Fachorganisationen (Art. 51 VUV), die kantonalen Arbeitsinspektorate (Art. 47 VUV), sowie die eidgenössischen Arbeitsinspektorate (Art. 48 VUV)⁶⁸. Die Aufsicht über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (UVG)⁶⁹ übt das Bundesamt für Gesundheit BAG im Eidgenössischen Departement des Innern EDI aus.

V. Kooperation unter den Behörden

- 80 Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, ist die Prävention am Arbeitsplatz geprägt durch den auf UVG und ArG beruhenden **Dualismus** zwischen Unfall (und Berufskrankheit) einerseits und Krankheit andererseits. Um Lücken und Überschneidungen zu vermeiden⁷⁰, ist Koordination und Kooperation der verschiedenen Akteure nötig.
- 81 Zur Koordination der Tätigkeiten der Durchführungsorgane im öffentlichen Arbeitsschutz besteht seit 1984 die **Eidgenössische Koordinationskommission EKAS** (aufgrund von Art. 85 UVG)⁷¹. Die Mitglieder der EKAS werden vom Bundesrat gewählt. Es ist gesetzlich vorgeschrieben, dass eine Vertretung der Suva der Kommission vorsitzt und sich die neun bis elf Mitglieder je zur Hälfte aus Vertretungen der Versicherungen und aus Vertretungen der Durchführungsorgane des ArGs zusammensetzen. Seit 1993 nehmen auch je zwei Delegierte der Arbeitgeberinnen und der Arbeitnehmenden mit beratender Stimme an den Sitzungen teil. Seit 2000 wird auch eine Vertretung des Bundesamtes für Gesundheit BAG eingeladen.
- 82 Die EKAS ist aber nur zuständig zur Koordination im Bereich **Unfall- und Berufskrankheiten-Verhütung** gemäss UVG, nicht aber im Bereich der allgemeinen Gesundheitsvorsorge gemäss ArG (Art. 53 VUV)⁷².

⁶⁷ Art. 75 Abs. 1 lit. a ArGV1 und Art. 5 Abs. 2 lit. g Organisationsverordnung für das für das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (OV-WBF) vom 14. Juni 1999, SR 172.216.1. Nachdem den Kantonen die Gesetzgebungskompetenz im Arbeitsschutz entzogen worden war, sollte ihnen wenigstens der Vollzug bleiben (TSCHUDI u.a., Einleitung, N 47).

⁶⁸ VOEGELI, S. 305.

⁶⁹ Oben Rz. 71 ff. und 74 ff.

⁷⁰ MÜLLER ROLAND A., Art. 6 Abs. 2 ArG N 3; WÜTHRICH, EKAS, S. 6.

⁷¹ AUBRY GIRARDIN, Rz. 753 ff.; MÜLLER ROLAND A., Gesundheitsschutz, S. 152

⁷² BBl 2008, S. 5584; AUBRY GIRARDIN, Rz. 761; VOEGELI, S. 305.

Die **Aufgabe** der EKAS ist es, das Zusammenwirken der verschiedenen Vollzugsorgane des UVGs zu regeln⁷³, aber auch eine Koordination mit der Anwendung der «anderen Gesetzgebung» (insbesondere dem ArG) «zu fördern» (Art. 53 lit. f VUV). Die EKAS plant Vollzugsaktionen und Sicherheitsprogramme und führt diese durch; sie pflegt die Beziehungen zu den Betrieben und den Sozialpartnern und ist zuständig für die Weiter- und Fortbildung (Art. 53 VUV). Die EKAS hat zusammen mit Branchenverbänden und Sozialpartnern über 100 so genannte «Branchenlösungen», d.h. branchenbezogene Sicherheitssysteme initiiert⁷⁴.

Die EKAS kann mittels **Verfügung** entscheiden, welche Betriebe Arbeitsärzte und andere Spezialisten der Arbeitssicherheit (ASA) beizuziehen haben (Art. 11 a und b VUV). Sie erlässt dafür Richtlinien (Art. 52a VUV) und betreibt dazu seit 2001 die ASA-Fachstelle.

Die EKAS hat eine permanente Geschäftsstelle. Sie ist **Steuerungsorgan** der Durchführungsorgane⁷⁵ (Art. 52 VUV). Dafür schliesst sie neuerdings mit den Kantonen Leistungsverträge ab⁷⁶. Die EKAS hat sich nach eigener Wahrnehmung zu einem «Kompetenzzentrum für Arbeitssicherheit» entwickelt⁷⁷. Anfänglich war die Tätigkeit stark auf Unfallverhütung ausgerichtet, zunehmend kamen Aspekte der Ergonomie und der Arbeitsorganisation ins Blickfeld⁷⁸.

Obwohl sich die EKAS um Koordination der behördlichen Aktivitäten bemüht, ist dennoch nicht ausgeschlossen, dass **ein Betrieb mehrere Ansprechpartner** für Gesundheitsprävention hat. In einer Autowerkstätte sorgt z.B. das kantonale Arbeitsinspektorat für die Einhaltung der Gesundheitsprävention generell (Art. 47 VUV), die Suva kontrolliert die Fahrzeughebebühne (Art. 49 Abs. 2 Ziff. 2 VUV) und die Fachorganisation die Schweißgeräte (Art. 51 VUV)⁷⁹.

⁷³ VOGELI, S. 315.

⁷⁴ Liste auf www.ekas.ch > ASA > Branchenlösungen.

⁷⁵ KRUMMENACHER/GÜGGI, Rz. 32.

⁷⁶ EKAS, Jahresbericht 2011, S. 21.

⁷⁷ EKAS-Mitteilungsblatt Nr. 65, Juni 2008, S. 7.

⁷⁸ Die EKAS hat zwar 2007 ein Merkblatt «Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz für KMU-Betriebe des Dienstleistungssektors» herausgegeben, dieses ist jedoch stark auf Unfallverhütung und Ergonomie ausgerichtet. Ein Aspekt der Gefahnermittlung (Ziff. C.04) erwähnt Stress und Arbeitsbedingungen und führt mögliche Massnahmen auf. Siehe www.ekas.ch.

⁷⁹ Beispiel aufgrund eines Vortrages von E. JANUTIN auf www.ekas.ch.

§ 3 Öffentlichrechtlicher Gesundheitsschutz

A. Einleitung

- 87 Nach der einführenden Übersicht soll ein vertiefter Blick in die öffentlich-rechtlichen Normen des **Arbeitsgesetzes** und der darauf beruhenden Erlasse geworfen werden. Aufgrund des spezifisch schweizerischen Dualismus enthält dieses keine Bestimmungen zur Unfallverhütung (mehr¹), sondern befasst sich mit dem Schutz vor physischen und psychischen *Erkrankungen* am Arbeitsplatz.
- 88 Das Arbeitsgesetz enthält auch Bestimmungen über **Arbeits- und Ruhezeiten**, über den Sonderschutz von Jugendlichen und den Schutz bei Schwangerschaft, Stillzeit und Familienpflichten. Diese sind nur zum Teil durch Gesundheitsschutz begründet, denn eine Beschränkung der Arbeitszeit hat auch sozial- und kulturpolitische Aspekte². Für die Prävention psychischer (wie auch physischer) Erkrankungen sind Dauer und Lage der Arbeitszeiten aber von grosser Bedeutung³.

B. Gesundheitsschutz

I. Materielle Bestimmungen

- 89 Die Bestimmungen zum Gesundheitsschutz im engeren Sinne⁴ finden sich in **Art. 6 ArG**. Für industrielle Betriebe und andere Betriebe mit «erheblichen Betriebsgefahren» gelten zusätzlich noch Bestimmungen über Bewilligungen bei Errichtung oder Umgestaltung eines solchen Betriebes (Art. 7 f. ArG und ArGV4).
1. Arbeitsgesetz
- 90 Die zentrale Bestimmung für den Schutz vor *psychischen* Gesundheitsrisiken ist Art. 6 ArG:

¹ Bei Inkrafttreten des UVGs 1984 wurden diese gestrichen (BBl 1981 I S. 786 ff.; MÜLLER ROLAND A., Gesundheitsschutz, S. 149).

² BGer vom 14. 6. 2002 2P.251/2001 und 2A.407/2001, E. 5.2; Botschaft ArG, BBl 1960 II, S. 965 f.; GÄCHTER, Arbeitsschutz, Rz. 17.

³ GREBNER u.a., S. 38 ff.

⁴ D.h. ohne die Vorschriften über Arbeits- und Ruhezeiten (SCHEIDEGGER/PITTELOUD, Art. 6 ArG N 9).

¹Der Arbeitgeber ist verpflichtet, zum Schutze der Gesundheit der Arbeitnehmer alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind. Er hat im Weiteren die erforderlichen Massnahmen zum Schutze der persönlichen Integrität der Arbeitnehmer vorzusehen.

²Der Arbeitgeber hat insbesondere die betrieblichen Einrichtungen und den Arbeitsablauf so zu gestalten, dass Gesundheitsgefährdungen und Überbeanspruchungen der Arbeitnehmer nach Möglichkeit vermieden werden.

Abs. 1 und 2 umschreiben die **Grundsätze** der Prävention und nennen die Ziele, nämlich Vermeiden von Gefährdungen der Gesundheit und der persönlichen Integrität sowie Überbeanspruchungen⁵. Ausdrücklich erwähnt wird der Schutz der psychischen Gesundheit im Gesetzestext nicht. Immerhin werden betriebliche Einrichtungen und auch der Arbeitsablauf als Risikofaktoren erwähnt⁶. Der Schutz von Arbeitnehmenden in Nachtlokalen vor erzwungenem Alkoholkonsum erschien so wichtig, dass mit der Teilrevision im Jahr 2000 eine Norm auf Gesetzesebene (Art. 6 Abs. 2^{bis} ArG) eingefügt wurde⁷.

Der Schutz vor Gefahren für die psychische Gesundheit stand neben sozialen 91 Motiven von Anfang hinter den ersten Bemühungen im **19. Jahrhundert**, die täglichen Arbeitszeiten zu beschränken. Schon damals ist «ständiges Geheztsein» wegen Prämiensystemen in einzelnen Fabriken beanstandet worden⁸. Die ersten gesetzlichen Arbeitszeitbegrenzungen der Kantone⁹ wurden 1877 durch das eidgenössische Fabrikgesetz¹⁰ abgelöst¹¹, das damals als fortschritt-

⁵ MÜLLER ROLAND A., Art. 6 Abs. 1 ArG N 5; Im Einzelnen dazu unten Rz. 462 ff.

⁶ MÜLLER ROLAND A., Art. 6 Abs. 2 ArG N 2: «Der Arbeitsablauf besteht aus dem Arbeitsvorgang, dem Arbeitsverfahren, Rhythmus und Tempo der Arbeit, (...) aber auch aus den Mitteln der Betriebsorganisation, (...) wie Arbeitszeitgestaltung (und Pausenordnung); CANNER/SCHOOP, Art. 6 ArG Anm. 9, S. 22; HUG u.a., Kommentar, Art. 6–7 ArG N 9; PETERMANN, Pflichten, S. 4.

⁷ MÜLLER ROLAND A., Art. 6 Abs. 2 ArG N 4; SCHEIDEGGER/PITTELOU, Art. 6 ArG N 24 ff.).

⁸ JANSER, S. 60.

⁹ Eine Zusammenfassung der Geschichte des ArGs findet sich in der Botschaft ArG, BBl 1960 II, S. 917 ff.; REICH, Rz. 195.

¹⁰ Gesetz über die Arbeit in den Fabriken vom 23. März 1877. Es wurde in der Volksabstimmung vom 21. Oktober 1877 nach einem heftig geführten Kampf nur knapp angenommen. LANDMANN, S. XXXVII; MAURER, 1981, S. 767.

¹¹ Ergänzend zum Fabrik-Gesetz blieben kantonale Schutzbestimmungen in Kraft, z.B. «über die Arbeitsstätte hinausgehend dehnt Zürich die Kontrolle auch auf Wohnung und Nahrung der Arbeiterinnen aus, welche dieselben von ihrem Arbeitgeber erhalten. Als eine Massregel zum Schutze der Gesundheit des Ladenpersonals ist die in den Gesetzen von Aargau und Neuenburg aufgestellte Bestimmung aufzufassen, es solle dem Personal Sitzgelegenheit gewährt werden.» (LANDMANN, S. XCIII).

lichstes Arbeitsschutzgesetz auf dem europäischen Kontinent galt¹². Zentrale Anliegen des Fabrikgesetzes waren Arbeitszeitregelung, Kinderschutz und Schutz vor Unfällen und Berufskrankheiten¹³. Nach Art. 2 Abs. 4 FabrikG sollten

zum Schutz der Gesundheit und zur Sicherheit gegen Verletzungen überhaupt alle erfahrungsgemäss und durch den jeweiligen Stand der Technik sowie durch die gegebenen Verhältnisse ermöglichten Schutzmittel angewendet werden.¹⁴.

- 92 Eine erste Teilrevision des FabrikG erfolgte zu Beginn des **20. Jahrhunderts**¹⁵. Sie schränkte die Samstagsarbeit in den Fabriken ein und enthielt das Verbot, Arbeit nach Hause mitzugeben. Der Bundesrat lehnte Anliegen nach einer Konkretisierung der gesetzlichen Bestimmungen ab mit folgender Begründung¹⁶:

Es hat auch keinen Sinn, durch zu weit gehende Detaillierung das Ehrgefühl der Fabrikhaber zu verletzen, die Annahme des Gesetzes zu erschweren, und den ungerechten Schein zu erwecken, als ob bei uns die Zustände so im argen lägen.

- 93 Das Bundesgesetz betreffend die Arbeit in den Fabriken von 1914¹⁷ verstärkte den Gesundheitsschutz erneut, indem der revidierte Art. 3 «deutlicher zum Ausdruck bringen (sollte), dass **Krankheiten** überhaupt, also auch Berufskrankheiten, tunlichst verhütet werden sollen.»¹⁸ Seit 1966 regelt nun das Arbeitsgesetz den öffentlichen Arbeitsschutz bezüglich der allgemeinen Gesundheitsvorsorge.
- 94 Die schweizerische Gesetzgebung ist mit Art. 6 ArG im Vergleich zum Recht der EU **weniger detailliert** und betont die Grundsätze des Schutzes¹⁹, was wohl an referendumpolitischen Gründen liegt²⁰. Zudem sind gemäss Art. 40 Abs. 2 ArG alle Gesetzesänderungen und die geplanten Verordnungsbestim-

¹² AUBRY GIRARDIN, Rz. 159.

¹³ JANSER, 42; MAURER, 1981, S. 768.

¹⁴ Zitat von LANDMANN, S. 10; MAURER, 1981, S. 768; auch zitiert in Botschaft ArG; BBl 1960 II, S. 957.

¹⁵ Bundesgesetz vom 1. April 1905 (AS. n.F. XXI, 386). Vgl. auch Botschaft Revision FabrikG, BBl 1910 III, S. 577.

¹⁶ Botschaft Revision FabrikG, BBl 1910 III, S. 589.

¹⁷ BG vom 18. Juni 1914 (i.K. ab 1.1.1920). AUBRY GIRARDIN, Rz. 170; MAURER, 1981, S. 788; vgl. auch Botschaft ArG, BBl 1960 II, S. 912.

¹⁸ Botschaft Revision FabrikG, BBl 1910 III, S. 589.

¹⁹ AUBRY GIRARDIN, Rz. 243 f.; PETERMANN, Pflichten, S. 4. S. auch unten Rz. 150 ff.

²⁰ AUBRY GIRARDIN, Rz. 252; SONNENBERG, S. 48.

mungen zuerst durch die Eidgenössische Arbeitskommission²¹ zu begutachten und Kantone sowie «die zuständigen Organisationen der Wirtschaft» anzuhören, was das Gesetzgebungsverfahren sehr schwerfällig gestaltet²².

Gemäss Art. 6 Abs. 4 und Art. 40 lit. a ArG hat sodann der Bundesrat durch **gesetzesvertretende Verordnung** zu bestimmen, welche Schutzmassnahmen konkret zu treffen sind²³. Die Verlagerung der Kompetenz zur Ausarbeitung von Schutzbestimmungen auf Verordnungsebene ist in einem politisch so heiklen Bereich nicht unproblematisch²⁴, wird aber kaum bestritten²⁵. Sie hat zu einem Ungleichgewicht der Normen geführt und Regelungen auf tieferer Normenebene begünstigt²⁶. 95

2. Verordnung über die Gesundheitsvorsorge

Da das Gesetz nur die Grundsätze enthält, muss alles Weitere²⁷ auf einer **tieferen Normenebene** geregelt werden²⁸. Dieses Vorgehen erscheint bei der Gesundheitsvorsorge als unausweichlich, denn einerseits ist die Materie vielfältig und komplex und zum anderen sollen neue Erkenntnisse und wirksame Massnahmen rasch umgesetzt werden²⁹. 96

Auch die in Art. 2 ArGV3 enthaltenen Bestimmungen sind immer noch sehr **allgemein gehalten**: 97

¹ Der Arbeitgeber muss alle Massnahmen treffen, die nötig sind, um den Gesundheitsschutz zu wahren und zu verbessern und die physische und psychische Gesundheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten. Insbesondere muss er dafür sorgen, dass:

a. ergonomisch und hygienisch gute Arbeitsbedingungen herrschen;

²¹ Aufgrund von Art. 43 ArG wirken in der Eidgenössischen Arbeitskommission EAK neben Vertretungen den Kantonen und wissenschaftlichen Sachverständigen auch Abordnungen der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerverbände mit.

²² SCHEIDEGGER/PITTELOU, Art. 40 ArG N 11.

²³ AUBRY GIRARDIN, Rz. 265; SCHEIDEGGER/PITTELOU, Art. 6 ArG N 31; TSCHUDI u.a., Einleitung, N 43.

²⁴ Art. 164 BV verlangt, dass alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in Form von Bundesgesetzen zu erlassen sind, insbesondere wenn es um die Einschränkung verfassungsmässiger Rechte (lit. b) und Rechte und Pflichten von Personen (lit. c) geht. SCHEIDEGGER/PITTELOU, Art. 40 ArG N 6; TSCHANNEN, § 27 Rz. 33 f.

²⁵ TSCHUDI u.a., Einleitung, N 44; kritisch SONNENBERG, S. 49.

²⁶ AUBRY GIRARDIN, Rz. 301.

²⁷ Also auch der autonome Nachvollzug europäischen Rechts (vgl. JAAG, Rz. 4205a); unten Rz. 146.

²⁸ AUBRY GIRARDIN, Rz. 249; Zur Gesetzesdelegation: BGE 103 Ia 369, E. 3.

²⁹ TSCHUDI u.a., Einleitung, N 43; So bereits die Botschaft des Bundesrates zu Revision des Fabrikgesetzes vom 6.5.1910, BBl 1910 III, S. 588.

- b. die Gesundheit nicht durch schädliche und belastigende physikalische, chemische und biologische Einflüsse beeinträchtigt wird;
- c. eine übermässig starke oder allzu einseitige Beanspruchung vermieden wird;
- d. die Arbeit geeignet organisiert wird.

² Die Massnahmen, welche die Behörde vom Arbeitgeber zur Gesundheitsvorsorge verlangt, müssen im Hinblick auf ihre baulichen und organisatorischen Auswirkungen verhältnismässig sein.

- 98 Anders als im Gesetzestext ist hier nun klar von Gewährleistung physischer und **psychischer Gesundheit** die Rede³⁰. Es wird ergänzt, dass Schutzmassnahmen laufend zu *verbessern* sind³¹. Einzelne Bereiche sind hervorgehoben, wie eine geeignete Arbeitsorganisation, was sehr viele Aspekte umfassen kann³². Die bereits im Gesetzestext verlangte Wahrung der Verhältnismässigkeit bei behördlichen Anordnungen wird in der Verordnung noch bezüglich baulicher und organisatorischer Massnahmen präzisiert.
- 99 Aber auch aus der Verordnung ist für Arbeitgebende nicht ersichtlich, welche **Massnahmen** von ihnen zum Schutz vor spezifisch *psychischen* Gesundheitsrisiken erwartet werden³³. Im Gegensatz dazu befassen sich immerhin 25 Artikel dieser Verordnung mit *physischen* Einwirkungen (Licht, Luft, Klima). Einzig Art. 26 ArGV3 schränkt noch die Überwachung der Arbeitnehmenden ein³⁴. Der deutlich geringere Konkretisierungsgrad bezüglich psychischer Risiken bildet jedoch die heutige Realität mit einer Zunahme von Arbeitsplätzen im Dienstleistungssektor ungenügend ab³⁵.
- 100 In der Verordnung werden die **Pflichten der Arbeitgebenden** insofern präzisiert, als es zu ihrer Verantwortung gehört, arbeitsmedizinische Abklärungen vorzunehmen, wenn Hinweise auf eine gesundheitliche Beeinträchtigung eines Arbeitnehmers vorliegen (Art. 3 Abs. 3 ArGV3). Diese Pflicht erfüllt die Arbeitgeberin dann nicht, wenn sie keine Abklärungen anordnet, obwohl sie bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit von der Gefahr hätte wissen müssen (z.B. von der Gefahr infolge regelmässiger und starker Belastungssituationen bei der Arbeit)³⁶.

³⁰ PETERMANN, Pflichten, S. 5.

³¹ BGE 102 II 18, E.1 (mit Berufung auf Art. 328 OR); PETERMANN, Pflichten, S. 4.

³² MÜLLER ROLAND A., Gesundheitsschutz, S. 175. Vgl. auch oben FN 6.

³³ PETERMANN, Pflichten, S. 4.

³⁴ Vgl. dazu BGE 130 II 425, E.4; WOLFER, Rz. 49 ff.; Vgl. unten Rz. 332 f.

³⁵ SONNENBERG, S. 53.

³⁶ LETSCH, Rz. 140; MÜLLER ROLAND A., Gesundheitsschutz, S. 158; PETERMANN, Pflichten, S. 7. Vgl. auch unten Rz. 448 und Rz. 743 ff.

3. Wegleitung zur Verordnung 3

Die Grundlage für den Erlass von Wegleitungen findet sich in Art. 38 ArVG³⁷. Danach kann das SECO «Richtlinien» erlassen³⁷. Solche Verwaltungsverordnungen sind Meinungsäusserungen über die Auslegung der Bestimmungen, welche die vorgesetzte Behörde oder die Aufsichtsbehörde im Interesse der gleichmässigen Gesetzesanwendung abgibt³⁸. Klar ist aber, dass die Wegleitung **keine Rechtssätze** mit (direkt) bindenden Rechten und Pflichten enthält³⁹. Stützen sich die Vollzugsbehörden jedoch bei einer konkreten Verfügung (Art. 50 ArG) auf die Wegleitung, erlangt sie dadurch indirekt bindenden Charakter⁴⁰. 101

Warum die Erläuterungen zu den Verordnungen des ArGs nun aber als «**Wegleitungen**» (franz. «commentaire», ital. «indicazioni») bezeichnet werden, ist nicht bekannt. Es könnte damit zusammenhängen, dass der Bundesrat aufgrund von Art. 48 Abs. 1 RVOG die Zuständigkeit zum Erlass von Rechtssätzen nur auf Departemente, nicht auf Bundesämter delegieren darf, ausser dies sei in einem dem Referendum unterstellten Erlass ausdrücklich vorgesehen⁴¹. Mit der Bezeichnung «Wegleitung» sollte wohl auch verdeutlicht werden, dass sie nicht nur dem einheitlichen Vollzug dient, sondern darüber hinaus die Funktion von «Handbuch und Nachschlagewerk für die Praxis» der Betriebe hat⁴². Das SECO ist jedoch als Aufsichtsbehörde befugt, Ausführungsverordnungen zu erlassen in dem Umfang, wie die Gesetzesbestimmungen Interpretationsspielraum lassen⁴³. 102

Wer nun hofft, in der Wegleitung zur Verordnung 3 zu erfahren, mit welchen konkreten Massnahmen psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz zu begegnen ist, wird wohl enttäuscht. Immerhin wird man da über die Grund- 103

³⁷ MÜLLER ROLAND A., Art. 6 Abs. 1 ArG N 5.

³⁸ BGE 121 II 473, E. 2b; Urteil des Verwaltungsgerichts Genf vom 5. April 2011 (ATA/225/2011), E. 8; AUBRY GIRARDIN, Rz. 411; MOOR, S. 266.

³⁹ Art. 164 Abs. 1 lit. c BV; MOOR, S. 269; SÄGESESSER THOMAS, Handkommentar zum RVOG, Bern 2007, Art. 48 RVOG N 7 ff.

⁴⁰ Als Anwendungsbeispiel dazu siehe das Leiturteil 1 Rz. 27; vgl. auch AUBRY GIRARDIN, Rz. 419.

⁴¹ Dies ist im ArG jedoch nirgends vorgesehen, es wird im Gegenteil in Art. 40 ArG ausdrücklich die Zuständigkeit des Bundesrates zum Erlass von Verordnungsbestimmungen geregelt und eine Anhörung der Kantone, der EAK und der «zuständigen Organisationen der Wirtschaft» verlangt. SCHEIDEGGER/PITTELOU, Art. 40 ArG N 10.

⁴² Vorbemerkung zur Wegleitung zu den Verordnungen 3 und 4, S. V-5.

⁴³ Urteil des Verwaltungsgerichts Genf vom 5.4.2011 (ATA/225/2011), E. 9.

sätze einer **geeigneten Arbeitsorganisation** (Art. 2 Abs. 1 lit. d ArGV3) informiert⁴⁴, zusammengefasst nämlich:

1. Risiken sind möglichst gering zu halten.
2. Unvermeidbare Risiken sind abzuschätzen.
3. Risiken sind an der Wurzel zu bekämpfen.
4. Die Arbeit ist dem Menschen anzupassen ...
5. Der technischen Entwicklung ist Rechnung zu tragen.
6. Gefährliches ist durch Ungefährliches oder weniger Gefährliches zu ersetzen.
7. Alle Faktoren und ihre Wechselwirkungen sollen gesamthaft einbezogen werden.
8. Kollektive Massnahmen bezüglich Gesundheitsschutz sind individuellen Massnahmen vorzuziehen.
9. Den Arbeitnehmenden sind angemessene Weisungen zu geben und Schulungen zu ermöglichen.

- 104 In einem **Anhang** werden bezüglich **psychosozialer Risiken** Zusammenhänge erklärt, Begriffe definiert und der Stand des Wissens knapp dargestellt⁴⁵. Danach ergeben sich Belastungen, die von aussen auf den Menschen psychisch einwirkenden, namentlich aus der *Arbeitsaufgabe*, d.h. aus Art des Arbeitsinhalts, Umfang und Verlauf der Tätigkeit, aus *physikalischen Arbeitsbedingungen*, z.B. Beleuchtung, klimatische Bedingungen, Lärm, Gerüche, Vibration, Arbeitsplatzgestaltung oder aufgrund von *sozialen und organisatorischen Faktoren* wie etwa der Kommunikations- und Führungsstruktur sowie den sozialen Beziehungen am Arbeitsplatz⁴⁶.
- 105 In diesem Anhang finden sich zudem Hinweise zum Erkennen von sexuellen Belästigungen, von Burnout und Mobbing sowie eine Liste **vorbeugender Massnahmen** gegen diese Gesundheitsgefahren und gegen sonstige Diskriminierungen.
- 106 **Erwünschte Merkmale** gut gestalteter Arbeitsaufgaben sind gemäss dem Anhang: Ganzheitlichkeit, Anforderungsvielfalt, Möglichkeiten zu sozialen Interaktionen sowie Lern- und Entwicklungsmöglichkeiten⁴⁷. Ausserdem weist das SECO darauf hin, dass klare Aufgabenbeschreibungen für alle Mitarbeitenden «für Transparenz und gute Zusammenarbeit sorgen»⁴⁸.

⁴⁴ SECO, Wegleitung zu Art. 2 ArGV3, S. 302-1 und 2; PETERMANN, Pflichten, S. 4.

⁴⁵ Mit Bezug auf die Norm EN ISO 10075 «Ergonomische Grundlagen bezüglich psychischer Arbeitsbelastung». S. dazu unten Rz. 269 ff.

⁴⁶ SECO, Anhang Wegleitung zu Art. 2 ArGV3, S. 302-A.

⁴⁷ SECO, Anhang Wegleitung zu Art. 2 ArGV3, S. 302-D.

⁴⁸ SECO, Anhang Wegleitung zu Art. 2 ArGV3, S. 302-H.

Nicht einmal auf dieser tiefen Ebene staatlicher Rechtsetzung im weitesten Sinne finden sich klare Anweisungen an die Betriebe und nur vereinzelt **Grundlagen für eine Kontrolltätigkeit** der Vollzugsbehörden⁴⁹. 107

4. Merkblätter

Mit Merkblättern, Broschüren und Flyern informiert das SECO über verschiedene Aspekte des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz. Zu psychischen Gesundheitsrisiken findet sich insbesondere das Merkblatt «Einrichtung von **Arbeitsplätzen in Call-Centern**»⁵⁰. 108

Auch dieses Merkblatt zählt zunächst die **Risikofaktoren** in Call-Centern auf: 109

Die Arbeit ist oft anforderungsreich und intensiv: Die Beschäftigten haben Leistungsvorgaben zu erreichen und zwar bezogen auf die Anzahl Kunden pro Zeitspanne.

Zudem sind mehrere belastende Aufgaben gleichzeitig zu handhaben: Kundenkontakt, Produktkenntnis, Beherrschung von Softwareprogrammen, gleichzeitiges Telefonieren und Handnotizen, Umgang mit Emotionen, Interessenkonflikt zwischen dem, was dem Kunden gesagt werden muss und woran man selber glaubt usw.

Neben verschiedenen ergonomischen Empfehlungen zu Lärm, Bildschirmstellungen, Licht, Raumklima, Arbeitsumgebung und den Bestimmungen zur Überwachung von Arbeitnehmenden enthält das Merkblatt auch eine Aufzählung von **Massnahmen der Arbeitsorganisation**, die eigentlich allgemeine Geltung beanspruchen könnte: 110

Die am einfachsten umzusetzende Massnahme betrifft die Pausen. Die Pausen müssen so angelegt sein, dass die Beschäftigten ihren Arbeitsplatz regelmässig verlassen können (alle zwei Stunden 10 Min. Pause).

Ausserdem sollen die Beschäftigten die Möglichkeit haben, nach schwierigen Anrufen eine kurze Pause einzuschalten, um sich zu erholen und sich zu beruhigen.

In solchen Situationen sowie ganz allgemein spielt die vorgesetzte Person bzw. deren Unterstützung und Vertrauen ebenfalls eine bedeutende Rolle.

Es können gemäss Merkblatt des SECOs weitere **organisatorische Massnahmen** vorgesehen werden, wie: 111

Abwechseln zwischen Verkaufs- und Beratungsaufgaben, zwischen der Entgegennahme von Anrufen und anderen Aufgaben (z. B. Post bearbeiten) usw.

Festsetzen von realistischen und zweckmässigen Zielen.

⁴⁹ PETERMANN, Pflichten, S. 4.

⁵⁰ JAR 2007, S. 122; Homepage des SECOs www.seco.admin.ch unter Dokumentation > Publikationen und Formulare > Merk- und Informationsblätter > Arbeit.

Angemessene Aufteilung der Anrufe pro Person oder pro Team.

Arbeitsbeziehungen fördern: fachlichen Austausch während der Arbeit zulassen.

Begegnungsorte vorsehen usw.

Die Meinung der Beschäftigten bei der Einrichtung der Arbeitsplätze anhören (Innenausstattung, Arbeitsplatzanordnung usw.) und Wahlmöglichkeit bei der Einteilung des eigenen Arbeitseinsatzes usw.

Schulung der Teamleiter.

Schulung der Agenten auf dem Telefonsystem, aber auch beispielsweise im Umgang mit schwierigen Kunden.

- 112 Für andere psychisch belastende Arbeitsplätze hat das SECO (noch) keine Merkblätter herausgegeben, wohl aber **Informationsbroschüren** zu Mobbing und sexueller Belästigung.

II. Aufzeichnungspflicht

- 113 Damit die Vollzugsbehörden überprüfen können, ob die Betriebe die Anforderungen des ArGs in Bezug auf den Gesundheitsschutz erfüllen, sind die **«erforderlichen Angaben»** zu erfassen (Art. 46 ArG). Nach diesem Wortlaut und nach Art. 73 Abs. 1 ArGV1 («Angaben zu enthalten, die für den Vollzug des Gesetzes notwendig sind») geht es um den Vollzug des ganzen Gesetzes, d.h. die Pflicht zu entsprechenden Aufzeichnungen betrifft auch diejenigen Betriebe und Arbeitnehmenden, die nur Art. 6 ArG⁵¹, nicht aber den Bestimmungen über Arbeits- und Ruhezeiten (Art. 9 ff. ArG) unterstehen. Die Verordnung über die Gesundheitsvorsorge ArGV3 enthält keine spezifischen Aufzeichnungspflichten. Wenn und soweit Lage und Dauer der Arbeitszeiten in solchen Betrieben jedoch Gesundheitsrisiken darstellen, besteht auch hier eine Dokumentationspflicht⁵².
- 114 Für den Vollzug des **allgemeinen Gesundheitsschutzes** gemäss Art. 6 ArG müssen diese Betriebe nicht alle Angaben gem. lit. a bis j von Art. 73 Abs. 1 ArGV1 erfassen. Es genügen allgemeine Angaben gem. lit. a bis c⁵³. Die übrigen Aufzeichnungspflichten (lit. d bis j) betreffen ausschliesslich den Vollzug der Arbeits- und Ruhezeiten, sowie der Sonderschutzbestimmungen.

⁵¹ Unten Rz. 117 ff.

⁵² Gemäss Abs. 3 von Art. 73 ArGV1 können die Vollzugs- und Aufsichtsorgane in weitere Verzeichnisse und Unterlagen Einsicht nehmen, «soweit das für die Erfüllung ihrer Aufgaben notwendig ist». Gem. Wegleitung des SECOs zur ArGV1 können «z.B. Protokolle eingesehen werden, damit überprüft werden kann, ob die Mitwirkungsrechte im Betrieb sachgerecht wahrgenommen werden.» (S. 173-2).

⁵³ Dazu unten Rz. 688.

III. Geltungsbereich von Art. 6 ArG

Nach der Darstellung der materiellen Rechtsgrundlagen zum Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken, muss noch darauf hingewiesen werden, wer die **Adressaten** der Bestimmungen von Art. 6 ArG sind. Nicht alle Bestimmungen des Arbeitsgesetzes gelten nämlich für alle Arbeitgebenden bzw. alle Arbeitnehmenden in der Schweiz. Gewisse Betriebe werden gesamthaft vom Geltungsbereich ausgenommen. Selbst wenn der Betrieb jedoch dem Arbeitsgesetz untersteht, kann es sein, dass gewisse Bestimmungen auf einzelne Kategorien seiner Arbeitnehmenden nicht anwendbar sind. 115

Diese komplexe Rechtslage liegt an der **Geschichte des Arbeitsgesetzes**⁵⁴. Dessen Vorgänger, das Fabrikgesetz, galt nur für Fabriken. Erst mit dem Erlass des Arbeitsgesetzes 1964 wurden die Arbeitsschutznormen auf Handel und Gewerbe ausgedehnt, davon aber weiterhin die öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnisse ausgenommen⁵⁵. Im Zuge der Angleichung des schweizerischen an das europäische Recht wurde 1994⁵⁶ und bei weiteren Revisionen⁵⁷ der Geltungsbereich für gewisse Bestimmungen des Arbeitsgesetzes erweitert. Noch immer können sich aber nicht alle Arbeitnehmenden auf Normen zum Schutz vor Erkrankungen und auf Mindestbestimmungen der Arbeitszeit berufen⁵⁸. 116

Art. 6 ArG und die darauf beruhenden Verordnungsbestimmungen **gelten** für private Unternehmen (Art. 1 Abs. 1 ArG). Dazu gehören neben den industriellen Betrieben insbesondere die im Dienstleistungssektor tätigen Unternehmen. Ausser den Privatunternehmen unterstehen Art. 6 ArG Verwaltungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden (Art. 2 Abs. 1 lit. a i.V. mit Art. 3a lit. a ArG)⁵⁹ und deren öffentlichrechtliche Anstalten (Art. 2 Abs. 2 ArG) sowie Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. b AZGV trotz Art. 2 Abs. 1 lit. b ArG)⁶⁰. 117

⁵⁴ Oben Rz. 91.

⁵⁵ Botschaft ArG, BBl 1960 II, S. 959

⁵⁶ Bezüglich Art. 6, 35 und 36a ArG für Angestellte des Bundes und Arbeitnehmende die eine höhere leitende Tätigkeit oder eine wissenschaftliche oder selbstständige künstlerische Tätigkeit ausüben (AS 1994, S. 1036; BBl 1993 I, S. 805).

⁵⁷ bezüglich Art. 6, 35 und 36a ArG ab 2000 für Angestellte der Kantone und Gemeinden (AS 2000, S. 1569, 1580; BBl 1998, S. 1394). Vgl. auch BBl 1994 II, S. 176. Ab 2005 bezüglich Assistenzärztinnen und Assistenzärzten (AS 2002, S. 2547; BBl 2001, S. 3181).

⁵⁸ LETSCH, Rz. 117.

⁵⁹ BGer vom 20.6.2003 2P.207/2002, E. 1.1.2; BREGNARD-LUSTENBERGER, S. 102 f. SENTI, Pflegeberufe, S. 70.

⁶⁰ GEISER, HK, Art. 3a ArG N 7.

- 118 In diesen Betrieben und Verwaltungseinheiten gilt Art. 6 ArG für **alle Arbeitnehmenden** einschliesslich derjenigen mit höherer leitender Tätigkeit oder mit einer wissenschaftlichen und selbständigen künstlerischen Tätigkeit (Art. 3a lit. b ArG)⁶¹. Aber auch Lehrer an Privatschulen, Fürsorger, Erzieher und Aufseher in Anstalten (Art. 3a lit. c ArG), welche den übrigen Bestimmungen des ArGs (mit Ausnahme von Art. 35 und 36a) nicht unterstehen (Art. 3 lit. d und e ArG), geniessen den Gesundheitsschutz gemäss Art. 6 ArG⁶².
- 119 Vom Geltungsbereich von Art. 6 ArG **ausgeschlossen** sind hingegen Familienbetriebe gemäss Art. 4 ArG sowie Seeschiffahrtbetriebe unter Schweizer Flagge (Art. 2 Abs. 1 lit. c ArG), Betriebe der landwirtschaftlichen Urproduktion (Art. 2 Abs. 1 lit. d ArG), der gärtnerischen Pflanzenproduktion (Art. 2 Abs. 1 lit. e ArG), Fischereibetriebe (Art. 2 Abs. 1 lit. f ArG) und private Haushaltungen (Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG)⁶³. Nicht auf Art. 6 ArG berufen können sich zudem die Personen geistlichen Standes (Art. 3 lit. a ArG), das Personal ausländischer öffentlicher Verwaltungen (Art. 3 lit. b ArG) die Flugzeugbesatzungen (Art. 3 lit. c ArG), Heimarbeiternehmer (Art. 3 lit. f ArG), Handelsreisende (Art. 3 lit. g ArG) und Rheinschiffer (Art. 3 lit. h ArG).

C. Arbeitszeitvorschriften

- 120 Umfang und Lage der **Arbeitszeiten** sind durch die Vertragsparteien festzulegen⁶⁴. Dabei sind jedoch öffentlichrechtliche Schranken zu beachten.

I. Wichtigste materielle Bestimmungen

- 121 Im **öffentlichen Arbeitsrecht** wird als Arbeitszeit im Sinne des ArGs zunächst (allerdings nicht auf Gesetzesebene) definiert, dies sei «die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat» (Art. 13 Abs. 1 ArGV1)⁶⁵. Das Gegenteil ist die «Ruhezeit» (Art. 15 f. ArG)⁶⁶.

⁶¹ PETERMANN, Pflichten, S. 3; SENTI, Überstunden, S. 386.

⁶² GEISER, HK, Art. 3a ArG N 5 und 6.

⁶³ PORTMANN, Stresshaftung, S. 7; SCHEIDEGGER/PITTELOU, Art. 6 ArG N 11; SCHNEIDER J.-A., S. 300; VOEGELI, S. 302.

⁶⁴ MÜLLER/OECHSLE, S. 853; RUDOLPH/VON KAENEL, S. 197 f.

⁶⁵ Zur Anrechnung von Pikettdienst an die Arbeitszeit siehe Art. 15 ArGV1.

⁶⁶ So deutlich auch der EuGH in der Rechtssache SIMAP (C-303/98), Rz. 47.

Zum Schutz der Arbeitnehmenden werden in 3. Abschnitt des Arbeitsgesetzes 122 den Arbeitgebenden **Mindestanforderungen** in Bezug auf Arbeits- und Ruhezeiten auferlegt (Art. 9 ff. ArG). Dies sind insbesondere wöchentliche Höchstarbeitszeiten (inkl. Abendarbeit und Überzeit, Pausen und tägliche Ruhezeiten, arbeitsfreie Tage, das Verbot der Nacht- und Sonntagsarbeit). Gesetz und Verordnung erlauben den Betrieben innerhalb einer gewissen Bandbreite zeitliche Flexibilität und nehmen auf die Bedürfnisse einzelner Branchen durch Spezialvorschriften Rücksicht (insbes. Verordnung 2 zum ArG).

Den Vorschriften über die **Arbeits- und Ruhezeit** (Art. 9 ff. ArG) unterstehen 123 weniger Betriebe und Arbeitnehmende als dem allgemeinen Gesundheitsschutz von Art. 6 ArG⁶⁷. Ausgenommen sind insbesondere die Verwaltungen von Bund, Kantonen und Gemeinden sowie höhere leitende Angestellte (Art. 3a ArG)⁶⁸. In öffentlichrechtlichen Dienstverhältnissen darf jedoch nur zu Gunsten der Arbeitnehmenden von den Vorschriften über den Gesundheitsschutz und über die Arbeits- und Ruhezeiten abgewichen werden (Art. 71 lit. b ArG)⁶⁹. Assistenzärztinnen und Assistenzärzte unterstehen den Schutzvorschriften über Arbeits- und Ruhezeit, auch wenn sie in den Betrieben tätig sind, die vom Geltungsbereich des ArGs generell ausgenommen sind (Art. 4a ArGV1)⁷⁰.

Ob eine «**höhere leitende Tätigkeit**» vorliegt und aufgrund der besonderen 124 Stellung im Betrieb kein öffentlichrechtlicher Schutz erforderlich ist⁷¹, muss aufgrund des konkreten Einzelfalles entschieden werden. Gemäss Art. 9 ArGV1 zählt zu dieser Kategorie nur, wer

auf Grund seiner Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebes über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann.

Lohnhöhe, Zeichnungsberechtigung, Weisungsrecht oder Stellenbezeichnung sprechen je für sich allein noch nicht für eine höhere leitende Tätigkeit⁷².

⁶⁷ S. oben Rz. 117 ff.

⁶⁸ TSCHUDI u.a., Einleitung, N 20.

⁶⁹ GÄCHTER, Arbeitsschutz, Rz. 2.

⁷⁰ SENTI, Pflegeberufe, S. 74.

⁷¹ BREGNARD-LUSTENBERGER, S. 259; PETERMANN/STUDER, S. 763.

⁷² BGE 98 Ib, 348; BGE 126 III 340; JAR 2001, S. 175 f.; BREGNARD-LUSTENBERGER, S. 260 ff.; MÜLLER/OECHSLE, S. 850; SENTI, Überstunden, S. 384.

II. Aufzeichnungspflicht

- 125 Arbeitgebende haben aufgrund von Art. 46 ArG die Pflicht, die **Verzeichnisse und Unterlagen**, aus denen die Angaben zum Vollzug der Schutzvorschriften ersichtlich sind den Vollzugs- und Aufsichtsbehörden während fünf Jahren zur Verfügung zu halten (Art. 73 Abs. 2 ArGV1)⁷³. Art. 73 ArGV1 enthält eine ausführliche Liste der Angaben, welche aus den Unterlagen ersichtlich sein müssen. Diese müssen vollständig und lückenlos sein⁷⁴. Es sind dies Angaben über die Personalien der Arbeitnehmer, die Art der Beschäftigung sowie Ein- und Austritt der Arbeitnehmenden und die geleistete (tägliche und wöchentliche) Arbeitszeit⁷⁵.
- 126 Ein Verstoß gegen die Dokumentationspflicht ist nicht strafbar, das Erstellen kann lediglich mittels **Verwaltungszwang** durchgesetzt werden (Art. 51 ff. ArG)⁷⁶.
- 127 Der Geltungsbereich der Aufzeichnungs- und Dokumentationspflicht von **Arbeitszeiten** i.S. des ArGs (Art. 13 ArGV1) wird weder im Gesetz noch in der Literatur ausdrücklich thematisiert. Man geht implizit davon aus, dass diese Pflicht nur für diejenigen Betriebe gilt, die den Arbeitszeitvorschriften des ArGs unterstehen⁷⁷. Bezüglich des psychischen Gesundheitsschutzes muss dies jedoch u.U. begrenzt auch für die übrigen Betriebe gelten⁷⁸.

⁷³ Spezielle Pflichten bezüglich der Arbeitszeiterfassung enthalten Art. 16 der Verordnung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer (Chauffeurverordnung ARV1, SR 822.221) und Art. 4 ff. Bundesgesetz über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Arbeitszeitgesetz AZG; SR 822.21).

⁷⁴ MÜLLER/OECHSLE, S. 848; RUDOLPH/VON KAENEL, S. 204.

⁷⁵ RUDOLPH/VON KAENEL, S. 204.

⁷⁶ MÜLLER ROLAND A., Art. 46 ArG N 1; BREGNARD-LUSTENBERGER, S. 234; MÜLLER/OECHSLE, S. 852; RUDOLPH/VON KAENEL, S. 204 f.

⁷⁷ MÜLLER, ROLAND A., Arbeitszeitfragen, S. 67. Das SECO hat am 11.9.2012 einen Vorschlag zu einer Anhörung unterbreitet, wonach die Erfassung der Arbeitszeiten auf Arbeitnehmende mit einem Einkommen unter einem Bruttojahreseinkommen von CHF 175'000 (ca. 4% der Beschäftigten) beschränkt werden soll. Angesichts des Phänomens der interessierten Selbstgefährdung (Rz. 363) wäre dies nicht im Sinne des Gesundheitsschutzes. Ein hohes Einkommen muss nämlich noch nicht heissen, dass eine grosse Verhandlungsmacht für gesundheitsförderliche Arbeitsbedingungen besteht (und auch wahrgenommen wird), so dass kein rechtlicher Schutz nötig wäre. Es ist aber wohl das justiziabelste Abgrenzungskriterium (Vgl. VERSTEYL, S. 144 f.).

⁷⁸ S. oben Rz. 113 f.

D. Verfassungsrechtliche Verankerung

Die **Kompetenznorm** für den Bund zum Erlass von Bestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmenden findet sich in Art. 110 Abs. 1 lit. a der Bundesverfassung. Diese Verfassungsbestimmung weist aber nicht nur dem Bund die Gesetzgebungskompetenz zu, sondern gibt auch das Ziel vor⁷⁹: 128

Der Bund kann Vorschriften erlassen über:

a. den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

Diese Gesetzgebungskompetenz ist absichtlich weit gefasst. Nicht nur die Abwehr von Gesundheitsgefahren, sondern auch der Schutz der Persönlichkeitssphäre der Arbeitnehmenden wird einbezogen⁸⁰.

Eine **allgemeine Verpflichtung** des Bundes zum Gesundheitsschutz enthält Art. 118 BV⁸¹. Weiter Erwähnung verdient Art. 41 BV: Eines der dort genannten Sozialziele ist, dass Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen ausüben können. Dazu gehören auch gesunde Arbeitsbedingungen⁸². 129

Die verfassungsmässigen **Grundrechte** enthalten in ihrer programmatischen Schicht Verpflichtungen für den Gesetzgeber⁸³. Sie gewähren zudem eine rechtlich einforderbare Pflicht der staatlichen Organe, denn Art. 35 Abs. 2 BV hält fest: «Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen». Die Verletzung staatlicher Schutzpflichten kann mit Beschwerde beim Bundesgericht und u.U. mit Individualbeschwerde vor dem Europäischen Menschenrechtsgerichtshof (EGMR) gerügt werden⁸⁴. 130

Gefährden die Arbeitsbedingungen die Gesundheit der Arbeitnehmenden betrifft dies das Grundrecht auf körperliche und **psychische Unversehrtheit** (Art. 10 Abs. 2 BV)⁸⁵. Die psychische Gesundheit ist somit ein verfassungsrechtlich geschütztes Rechtsgut. 131

⁷⁹ GÄCHTER, SG-Kommentar, Art. 110 BV N 7; SCHNEIDER U., S. 72; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 20 Rz. 13.

⁸⁰ GÄCHTER, SG-Kommentar zu Art. 110 BV N 19.

⁸¹ GÄCHTER, Arbeitsschutz Rz. 26; HÜRZELER, S. 133.

⁸² AUBERT/MAHON, Art. 41 BV N 5; HÜRZELER, S. 133.

⁸³ GÄCHTER, Arbeitsschutz Rz. 26; MANNSDORFER, 315 f.; PULVER, S. 414 f. und 419 ff. sowie Bemerkung FN 10.

⁸⁴ PULVER, S. 415; S. unten Rz. 145.

⁸⁵ BAUMANN, S. 257; PETERMANN, Pflichten, S. 3; PULVER, S. 422; SCHWEIZER RAINER J., in: Ehrenzeller u.a. SG-Kommentar, Art. 10 BV N 18 ff.

E. Völkerrechtliche Bindungen

- 132 Die Gesetzgebung im **schweizerischen Arbeitsrecht** ist in völkerrechtliche Verpflichtungen eingebunden. Im Zuge der Globalisierung ist es folgerichtig, dass Unternehmen mittels internationaler Instrumente in die Pflicht genommen werden⁸⁶. Dies geschieht durch Rechtsnormen auf globaler (UNO, IAO) oder europäischer Ebene (Europarat, gegebenenfalls EU)⁸⁷.

I. Uno-Pakt I

- 133 Der **Schutz der Gesundheit** von Arbeitnehmenden ist eine völkerrechtliche Verpflichtung, die sowohl den Gesetzgeber wie die Gerichte und die rechtsanwendenden Behörden verpflichten⁸⁸. Zunächst beruhen diese Verpflichtungen auf dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I), welcher für die Schweiz als UNO-Mitglied gilt⁸⁹.
- 134 In Art. 6 UNO-Pakt I ist das Recht auf Arbeit verankert. Es wird in Art. 7 UNO-Pakt I ergänzt durch u.a. ein Recht auf «sichere und **gesunde Arbeitsbedingungen** (lit. b) und Arbeitspausen, Freizeit, eine angemessene Begrenzung der Arbeitszeit» (lit. d)⁹⁰. Gemäss Art. 12 UNO-Pakt I anerkennen die Vertragsstaaten «das Recht eines jeden auf das für ihn erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit» und treffen die erforderlichen Massnahmen «zur Verbesserung aller Aspekte der Umwelt- und der Arbeitshygiene» und zur Verhinderung von Berufskrankheiten (Abs. 2 lit. b und c UNO-Pakt I)⁹¹. Ähnlich lautet schon Art. 24 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948:
- Jeder hat das Recht auf Erholung und Freizeit und insbesondere auf eine vernünftige Begrenzung der Arbeitszeit und regelmässigen bezahlten Urlaub.
- 135 Die erwähnten Rechte des Uno Paktes I bedürfen der Konkretisierung im innerstaatlichen Recht für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse; sie sind nach schweizerischer Auffassung⁹² **nicht «self-executing»**⁹³. Als Arbeitgeber ist

⁸⁶ FUNK, S. 155; PULVER, S. 419.

⁸⁷ TSCHUDI u.a., Einleitung, N 67.

⁸⁸ PULVER, S. 413 ff.

⁸⁹ Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, SR 0.103.1.

⁹⁰ Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «6 Wochen Ferien für alle» (Gesch.-Nr. 10.057) vom 18. Juni 2010 (BBl 2010, S. 4682).

⁹¹ BOGNUMA, Rz. 658 f. und Rz. 711 ff.

⁹² Die schweizerische Regierung hält in ihrer Einschätzung von 1996 fest, dass die Paktverpflichtungen lediglich programmatischer Natur seien; eine Meinung, die vom

der Staat aber direkt daran gebunden⁹⁴. Nach Art. 2 Ziff. 1 Uno-Pakt I ist jeder Mitgliedsstaat verpflichtet, «unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten Massnahmen zu treffen, um nach und nach mit allen geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Massnahmen, die volle Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Rechte zu erreichen». Somit können sich Arbeitnehmende nicht direkt mit Individualbeschwerde auf den Uno-Pakt I berufen⁹⁵.

II. Übereinkommen der IAO

1. Ratifikationen durch die Schweiz

Die Internationale Arbeitsorganisation (IAO bzw. ILO) ist insbesondere damit befasst, internationale **Mindeststandards** in den Arbeitsbeziehungen zu erarbeiten und durchzusetzen⁹⁶. Gewisse Bestimmungen der IAO-Übereinkommen sind direkt anwendbar⁹⁷. Mit der Auswertung von Staatenberichten übt die IAO jedoch vorwiegend moralischen Druck auf die Mitgliedsländer aus; selbst bei schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen werden kaum Sanktionen verhängt⁹⁸. Die IAO hat die Schweiz aber aufgrund von Normenkontrollverfahren schon verschiedentlich gerügt⁹⁹.

zuständige Überwachungsausschuss des UNO-Pakt I nicht geteilt wird (CESCR, Concluding observations Switzerland, N 9), was auch PÄRLI (Rz. 324) unterstützt. S. auch REITER, Kündigung, S. 1089.

⁹³ DEVEAUD-PLÉDRAN, S. 118; PÄRLI, Rz. 342.

⁹⁴ DEVEAUD-PLÉDRAN, S. 118; PÄRLI, Rz. 345.

⁹⁵ PÄRLI, Rz. 348.

⁹⁶ Dieses Ziel ergibt sich bereits aus der Präambel zur Verfassung der Organisation, in der beispielhaft u.a. aufgeführt werden: Regelung der Arbeitszeit ..., Schutz der Arbeitnehmer gegen allgemeine und Berufskrankheiten sowie gegen Arbeitsunfälle, Anerkennung des Grundsatzes der Vereinigungsfreiheit, etc. (ZIMMER, S. 45).

⁹⁷ Z.B. das Übereinkommen Nr. 120 über den Gesundheitsschutz im Handel und in Büros gem. Kreisschreiben des BIGA (heute SECO) vom 30. April 1981, in ARV 1981, S. 1–19 (JAR, 1982, S. 75); Urteil Verwaltungsgericht Genf vom 8.2.1984 und Eidgenössisches Verwaltungsgericht, Urteil vom 29.8.1984, in ARV 1986, S. 76–78 (JAR 1987, S. 72); BRUPBACHER, S. 52 f.; PÄRLI, Rz. 215.

⁹⁸ BRUPBACHER, S. 54 ff.; GÄCHTER, Arbeitsschutz, Rz. 21; ZIMMER, S. 82.

⁹⁹ Diese betrafen allerdings Gewerkschaftsrechte und Kündigungsschutz; BRUPBACHER, S. 77 f.; PÄRLI, Rz. 211.

- 137 Die Schweiz beschränkt sich bei **Ratifikationen** auf die Abkommen, denen die innerstaatliche Rechtslage bereits entspricht¹⁰⁰. Dennoch sollen anscheinend auch die nicht ratifizierten Übereinkommen einen positiven Einfluss auf die schweizerische Gesetzgebung ausgeübt haben¹⁰¹. Seit den 1990er-Jahren verblasst der Einfluss der IAO-Übereinkommen, weil sich die Schweiz stärker an der europäischen Rechtsentwicklung ausrichtet. Aufgrund einer Interpellation von Nationalrätin Josiane Aubert¹⁰² hat der Bundesrat nun kürzlich in Aussicht gestellt, seine Ratifikationspraxis zu überprüfen und dadurch die IAO in ihrem Bemühen um weltweite Förderung von menschenwürdiger Arbeit zu stärken¹⁰³.

2. Übereinkommen zum Gesundheitsschutz

- 138 Mit **Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz** befassen sich zahlreiche Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation IAO, keines aber explizit mit psychischen Gesundheitsrisiken. Von den insgesamt 14 Übereinkommen im Themenfeld Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz¹⁰⁴ hat die Schweiz bis anhin lediglich fünf unterzeichnet¹⁰⁵.
- 139 Das von der Schweiz ratifizierte Übereinkommen **Nr. 120** über den Gesundheitsschutz im **Handel** und in **Büros**¹⁰⁶ enthält vorwiegend Vorschriften bezüglich Ergonomie (Räume, Licht, Luft etc.). Artikel 11 lautet: «Alle Arbeitsräume und Arbeitsplätze sind so zu gestalten, dass die Gesundheit der Arbeitnehmer keinen schädlichen Wirkungen ausgesetzt ist.» Auf die Gestaltung der Arbeitsorganisation, welche für psychische Erkrankungen von Bedeutung sein kann, wird in diesem Übereinkommen nicht Bezug genommen.

¹⁰⁰ BBl 2000, S. 352; BBl 1969 I, S. 721; Botschaft ArG, BBl 1960 II, S. 912 und 917; AUBRY GIRARDIN, Rz. 141; BRUPBACHER, S. 52; PÄRLI, Rz. 186, 210; TSCHUDI u.a., Einleitung, N 65.

¹⁰¹ AUBRY GIRARDIN, Rz. 141; BRUPBACHER, S. 77 f.; PÄRLI, Rz. 213.

¹⁰² Interpellation vom 7.3.2012 (Gesch.-Nr. 12.3086) «Die Schweiz und die IAO. Welche Zukunftsperspektiven?».

¹⁰³ Antwort des Bundesrates vom 16.5.2012 (AB 2012 NR, S. 1220).

¹⁰⁴ Dies sind die Übereinkommen Nr. 115, 120, 121, 129, 139, 152, 155, 161, 162, 167, 170, 174, 176, 184.

¹⁰⁵ Nämlich Ü Nr. 115, betr. ionisierende Strahlen (SR 0.814.502.1), Ü Nr. 120 über den Gesundheitsschutz im Handel und in Büros (SR 0.822.722.0), Ü Nr. 136 über Benzol usw. (SR 0.832.326), Ü Nr. 139 über krebserzeugende Stoffe (SR 0.832.329), Ü Nr. 162 über die Sicherheit bei Verwendung von Asbest (SR 0.822.726.2); BBl 2008, S. 5584, SCHEIDEGGER/PITTELOUD, Art. 6 ArG N 40 und GÄCHTER, Arbeitsschutz, Rz. 21.

¹⁰⁶ Übereinkommen vom 8. Juli 1964, in der Schweiz in Kraft seit 18. Februar 1967, SR 0.822.722.0.

Von der Schweiz nicht ratifiziert worden ist das Übereinkommen **Nr. 155** über **Arbeitsschutz und Arbeitsumwelt** von 1981¹⁰⁷. Es ist für die IAO von zentraler Bedeutung¹⁰⁸. Es verpflichtet die Mitgliedsstaaten dazu, ein umfassendes System des Arbeits- und Gesundheitsschutzes aufzubauen. Laut Art. 5 dieses Übereinkommens haben die Unterzeichnerstaaten für u.a. Anpassung «der Arbeitszeit, der Arbeitsorganisation und der Arbeitsverfahren an die körperlichen und geistigen Fähigkeit der Arbeitnehmer» zu sorgen. Damit wurde erstmals durch die IAO ein umfassender Begriff der Arbeitsumwelt und ein gesamtheitlicher Arbeitsschutz eingeführt¹⁰⁹. 140

Auch das Übereinkommen **Nr. 161** «über die **betriebsärztlichen Dienste**» von 1985 harrt noch der Unterzeichnung durch die Schweiz¹¹⁰. 141

Ebenso gilt eines der jüngsten Übereinkommen (**Nr. 187**) über den **Förderungsrahmen für den Arbeitsschutz** von 2006 für die Schweiz nicht. Die Schweizer Delegation hat sich in der Schlussabstimmung als einzige Regierungsdelegation der 178 Mitgliedstaaten der IAO gegen die Annahme dieses Abkommens ausgesprochen, was zu Kritik aus Politik und Wissenschaft geführt hat¹¹¹. Das Übereinkommen Nr. 187 befasst sich (wie das Übereinkommen Nr. 155) mit einem umfassenden Präventionsansatz und verpflichtet die Mitglieder in Zusammenarbeit mit den Sozialpartnern «durch die Ausarbeitung einer innerstaatlichen Politik eine sichere und gesunde Arbeitsumwelt zu fördern» und «weiterzuentwickeln» (Art. 3 Ziff. 1 und 2). Laut der sogenannten Seoul-Erklärung über Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit vom Juni 2008 soll künftig das Recht auf ein sicheres und gesundes Arbeitsumfeld als ein Menschenrecht anerkannt werden¹¹². 142

Von den Übereinkommen im Bereich der **Arbeits- und Ruhezeiten**¹¹³ hat die Schweiz drei Übereinkommen¹¹⁴ ratifiziert. Sie ist damit u.a. verpflichtet 143

¹⁰⁷ Botschaft des BR vom 24.1.1982, BBl 1983 I, S. 41 ff.; S. auch Bericht des BR vom 30.5.2008 über die anlässlich der 94., 95. und 96. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz (IAK) genehmigten Instrumente (Gesch.-Nr. 08.048), BBl 2008, S. 5582; SCHEIDEGGER/PITTELOU, Art. 6 ArG N 40.

¹⁰⁸ ILO, Arbeitsaufsicht, S. 9.

¹⁰⁹ SCHEIDEGGER/PITTELOU, Art. 6 ArG N 40; ZIMMER, S. 59.

¹¹⁰ KNUTTI, S. 33.

¹¹¹ Bericht des BR vom 30.5.2008 über die anlässlich der 94., 95. und 96. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz (IAK) genehmigten Instrumente (Gesch.-Nr. 08.048), BBl 2008, S. 5579 ff.; Interpellation von NR Christian Levrat (Gesch.-Nr. 06.3567); GUILLEMIN MICHEL in seinem Vorwort zu Guillod Olivier (Hrsg.), Santé et travail, 14e journée de droit de la santé, Bern 2008.

¹¹² INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO/Hrsg.): Seoul-Erklärung über Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit (auf: www.oit.org); FUNK, S. 156.

¹¹³ Übersicht bei BRUPBACHER, S. 30 f.

einen bezahlten Jahresurlaub von mindestens 3 Wochen pro Dienstjahr¹¹⁵, und in gewerblichen Betrieben einen wöchentlichen Ruhetag¹¹⁶ zu gewähren. Obwohl die Schweiz seit der Gründung 1919 Mitglied der IAO ist¹¹⁷, hat sie das erste Übereinkommen der neu gegründeten IAO, das Übereinkommen über die Begrenzung der Arbeitszeit in gewerblichen Betrieben auf acht Stunden täglich und achtundvierzig Stunden wöchentlich bisher nicht ratifiziert¹¹⁸.

3. Übereinkommen betreffend die Aufsicht

- 144 Das Übereinkommen **Nr. 81 über die Arbeitsaufsicht in Gewerbe und Handel** vom 11. Juli 1947, das von der Schweiz 1949 ratifiziert worden ist¹¹⁹, enthält die Verpflichtung: «Die Betriebe sind so oft und so gründlich zu besichtigen, als zur Sicherung einer wirksamen Durchführung der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften notwendig ist» (Art. 16). Gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. c sind die Aufsichtsbeamten befugt, «alle ihnen notwendig erscheinenden Prüfungen, Feststellungen oder Erhebungen vorzunehmen, um sich von der strengen Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zu überzeugen». Sie haben von den Arbeitgebenden «die Vorlage aller durch die Gesetzgebung über die Arbeitsbedingungen vorgeschriebenen Bücher, Verzeichnisse oder sonstigen Unterlagen zur Nachprüfung ihrer Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften zu verlangen und Abschriften dieser Unterlagen oder Auszüge aus ihnen anzufertigen» (Art. 12 Abs. 2).

III. Erlasse des Europarates

- 145 Die **Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten** (EMRK) wurde vom Europarat¹²⁰ am 4. November 1950 erlassen und ist für die Schweiz seit 1974 in Kraft¹²¹. Die durch die EMRK gewährten Rechte

¹¹⁴ Nämlich das Übereinkommen Nr. 14 über den wöchentlichen Ruhetag in gewerblichen Betrieben (SR 0.822.712.4), das Übereinkommen Nr. 132 über den bezahlten Jahresurlaub (SR 0.822.725.3), Übereinkommen Nr. 153 über die Arbeits- und Ruhezeiten im Strassentransport (SR 0.822.723.2).

¹¹⁵ Art. 3 Abs. 3 Ü Nr. 132 über den bezahlten Jahresurlaub.

¹¹⁶ Art. 2 Ü Nr. 14 über den wöchentlichen Ruhetag in gewerblichen Betrieben.

¹¹⁷ AUBRY GIRARDIN, Rz. 139.

¹¹⁸ Übereinkommen Nr. 1 (Washingtoner Abkommen) in Kraft getreten am 13. Juni 1921.

¹¹⁹ In der Schweiz in Kraft seit 13. Juli 1950 (SR 0.822.719.1).

¹²⁰ Dem Europarat gehören 47 Staaten einschliesslich der Schweiz an (www.coe.int).

¹²¹ Seit dem Jahr 2000 gelten keine Vorbehalte mehr für die Schweiz (BBl 1999, S. 3658 ff.).

können mittels Individualbeschwerde vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg geltend gemacht werden (Art. 34 ff. EMRK)¹²². In Bezug auf Massnahmen zum *Gesundheitsschutz* sind dies das Recht auf Leben (Art. 2) und bezüglich des *Persönlichkeitsschutzes* das Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8)¹²³.

Die **Europäische Sozialcharta** (ESC) vom 18. Oktober 1961 mit ihren Zusatzprotokollen ist von der Schweiz zwar unterzeichnet, aber (noch) nicht ratifiziert worden¹²⁴. Sie enthält ebenfalls wichtige Bestimmungen zum Arbeitsschutz¹²⁵. Gewährleistet werden soll mit der ESC zunächst ein Recht auf Arbeit (Art. 1), sodann ein mit Arbeitszeitvorschriften detailliert umschriebenes Recht «auf gerechte Arbeitsbedingungen» (Art. 2)¹²⁶, ergänzt mit einem Recht «auf sichere und gesunde Arbeitsbedingungen» einschliesslich der Verpflichtung, für Kontrollmassnahmen zur Einhaltung dieser Vorschriften zu sorgen (Art. 3)¹²⁷. Zu den Rechten der Arbeitnehmenden gehört u.a. ein Recht «auf Beteiligung an der Festlegung und Verbesserung der Arbeitsbedingungen und der Arbeitsumwelt» im Unternehmen (Art. 22) ergänzt mit einem Recht «auf Würde am Arbeitsplatz» (Art. 26). Vorgesehen ist ausserdem für «jedermann» das Recht, «alle Massnahmen in Anspruch zu nehmen, die es ihm ermöglichen, sich des besten Gesundheitszustands zu erfreuen, den er erreichen kann» (Teil I, Ziff. 11 und Art. 11). 146

¹²² BGE 130 II 425, E. 2.2 und 2.3; PÄRLI, Rz. 499 f.

¹²³ Vgl. z.B. Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 1.6.2007 Parlamentarische Initiative Schutz der Bevölkerung und der Wirtschaft vor dem Passivrauchen (Gesch.-Nr. 04.476, BBl 2007, S. 6202); PULVER, S. 422 FN 74.

¹²⁴ Der Text der ESC und Informationen zur Kampagne «Pro Sozialcharta» finden sich auf www.sozialcharta.ch. Nur 4 der 47 Mitgliedstaaten des Europarates haben die ESC *nicht* ratifiziert (Monaco, Lichtenstein, San Marino und die Schweiz).

¹²⁵ GÄCHTER, Arbeitsschutz, Rz. 20; MÜLLER-PETZER, S. 54; PÄRLI, Rz. 501; PULVER, S. 419; TSCHUDI u.a., Einleitung, N 67.

¹²⁶ Gemäss der revidierten Fassung der ESC von 1996 sind in Art. 2 Ziff. 4 ein Anspruch auf mindestens vier Wochen Jahresurlaub vorgesehen sowie zusätzliche bezahlte Urlaubstage für diejenigen, die gesundheitsschädlichen Arbeiten verrichten (Ziff. 4). Vgl. auch Botschaft des BR zur Volksinitiative «6 Wochen Ferien für alle» vom 18.6.2010 (Gesch.-Nr. 10.057, BBl 2010, S. 4682).

¹²⁷ BOGNUDA, Rz. 718.

F. Nachvollzug des Rechts der Europäischen Union

- 147 Die von der Europäischen Union erlassenen Verordnungen und Richtlinien sind für die Schweiz als Nicht-Mitglied nicht anwendbar¹²⁸. Dennoch stimmt die Schweiz ihre Rechtslage auf das Unionsrecht ab, indem bei jedem **Rechtssetzungsverfahren** auf Bundesebene die «Europaverträglichkeit» geprüft wird (gem. Art. 141 Abs. 2 lit. a ParlG)¹²⁹. Wo nämlich wirtschaftliche Interessen es erfordern oder rechtfertigen¹³⁰, soll durch autonomen Nachvollzug das Recht der EU rezipiert werden¹³¹. So beruht z.B. das Mitwirkungs-gesetz¹³² auf einer entsprechenden EG-Richtlinie¹³³. In stark technisch geprägten Bereichen erfolgt autonomer Nachvollzug bisweilen erst auf Verordnungsstufe¹³⁴.
- 148 Zudem spielt das Unionsrecht auch bei der **Rechtsanwendung** eine grosse Rolle. Gemäss Bundesgericht ist nämlich eine Harmonisierung bei der Auslegung und Anwendung des Rechts anzustreben, und die Weiterentwicklung ist im Auge zu behalten¹³⁵. Dadurch ist für die Rechtsanwendung in der Schweiz auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs von Bedeutung¹³⁶.
- 149 Das **Arbeitsschutzrecht der EU** beruht auf zwei Grundanliegen: der Errichtung des Binnenmarktes und der Entwicklung des sozialen Gleichgewichts¹³⁷. Dies kommt in der Präambel zum AEUV zum Ausdruck, wonach es das Ziel ist, «durch gemeinsames Handeln den wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt» zu sichern¹³⁸. Gemäss Art. 153 AEUV gehören zur Verwirklichung der Ziele Mindestvorschriften¹³⁹, welche die Arbeitsumwelt zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer verbessern sollen. Zu die-

¹²⁸ SCHEIDEGGER/PITTELOUD, Art. 6 ArG N 38.

¹²⁹ JAAG, Rz. 4201; TSCHUDI u.a., Einleitung, N 69.

¹³⁰ BBl 2010, S. 7239 ff., S. 7288.

¹³¹ JAAG, Rz. 4201a; OESCH, S. 33; SCHEIDEGGER/PITTELOUD, Art. 6 ArG N 38; TSCHUDI u.a., Einleitung, N 69.

¹³² Oben Rz. 51.

¹³³ JAAG, Rz. 4202; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 20 Rz. 39 f.

¹³⁴ JAAG, Rz. 4205a.

¹³⁵ BGE 129 III 335, E.6; OESCH, S. 37.

¹³⁶ JAAG, Rz. 4206; z.B. Rechtssache C-214/10 betr. Erlöschen des Anspruchs auf den Jahresurlaub aus Krankheitsgründen.

¹³⁷ Vgl. z.B. Ingress zu Entschliessung des Rates vom 21.12.1987 über Sicherheit, Arbeitshygiene und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz (ABl. Nr. C 028 vom 3.2.1988).

¹³⁸ BIEBER/EPINEY/HAG, § 22 Rz. 2; JAAG, Rz. 3419 und 3422; MÜLLER-PETZER, S. 55 ff.

¹³⁹ BIEBER/EPINEY/HAG, § 22 Rz. 16; MÜLLER-PETZER, S. 61.

sem Zweck ist 1996 die Europäische Agentur für Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz EU-OSHA in Bilbao errichtet worden¹⁴⁰.

Auf der primärrechtlichen Grundlage wurden als Sekundärrecht zahlreiche für das Arbeitsrecht bedeutsame Rechtsakte erlassen¹⁴¹, wie u.a. die **Rahmen-Richtlinie** 89/391/EWG betr. Gesundheitsschutz¹⁴², die RL über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung¹⁴³, RL zu der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit¹⁴⁴, die RL zu der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge¹⁴⁵, sowie die RL über Leiharbeit¹⁴⁶. Adressaten der Richtlinien sind die Mitgliedstaaten. Sie haben die Vorgaben ins nationale Recht umzusetzen¹⁴⁷.

Im Gegensatz zur Schweiz wird in der EU Unfallverhütung und Krankheitsprävention nicht in getrennten Erlassen geregelt¹⁴⁸. Die Rahmenrichtlinie «über die Durchführung von Massnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des **Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer** bei der Arbeit»¹⁴⁹ gilt vielmehr für alle Aspekte der Gesundheit am Arbeitsplatz und für alle privaten oder öffentlichen Tätigkeitsbereiche¹⁵⁰. Sie bildet die Grundlage für zahlreiche Einzelrichtlinien¹⁵¹, welche einerseits zum Schutz vor gewissen Gefahren (gefährliche Stoffe, Lärm etc.) oder für bestimmte Arbeitsplätze (Baustellen, Untertagbau, Bildschirmarbeit etc.) erlassen wurden¹⁵².

Gemäss Art. 5 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie sind die **Arbeitgebenden** primär für den Arbeitsschutz «in bezug auf alle Aspekte» zuständig und verantwortlich. Sie haben eine geeignete betriebliche Arbeitsschutzorganisation und die

¹⁴⁰ Durch Verordnung Nr. 2062/94; MÜLLER-PETZER, S. 66.

¹⁴¹ AUBRY GIRARDIN, Rz. 175 (Stand 1994); BIEBER/EPINEY/HAAG, § 22 Rz. 25.

¹⁴² «Richtlinie über die Durchführung von Massnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit», RL 89/391/EWG vom 12.6.1989 (ABl. L 183/1989).

¹⁴³ RL 2003/88 (ABl. L 299/2003, S. 9), vgl. dazu Rz. 154.

¹⁴⁴ RL 97/81 (ABl. L 128/1998, S. 71).

¹⁴⁵ RL 1999/70 (ABl. L 175/1999, S. 43).

¹⁴⁶ RL 2008/104 (ABl. L 327/2008, S. 9); MÜLLER-PETZER, S. 69.

¹⁴⁷ MÜLLER-PETZER, S. 67.

¹⁴⁸ Oben Rz. 40; AUBRY GIRARDIN, Rz. 146.

¹⁴⁹ Oben FN 142.

¹⁵⁰ Art. 2 und 3 lit. a Rahmen-RL 89/391 (mit wenigen Ausnahmen für Armee oder Polizei, bestimmte Katastrophenschutzdienste und Privathaushalte); AUBRY GIRARDIN, Rz. 239 ff.; MÜLLER ROLAND A., Gesundheitsschutz, S. 145; MÜLLER-PETZER, S. 69; OPPOLZER, S. 49.

¹⁵¹ Eine Übersicht über alle Einzelrichtlinien bietet http://europa.eu/legislation_summaries (Beschäftigung und Sozialpolitik > Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz); BIEBER/EPINEY/HAAG, § 22 Rz. 27.

¹⁵² AUBRY GIRARDIN, Rz. 311 ff.

erforderlichen Mittel bereitzustellen. Zudem müssen Arbeitgebende eine Gefährdungsbeurteilung der Arbeitsplätze vornehmen (Art. 6 Abs. 3 lit. a) und Fachleute beauftragen (Art. 7 Abs. 1). Schliesslich treffen sie noch Dokumentationspflichten (Art. 9)¹⁵³. Die Arbeitnehmenden sind ihrerseits zur Zusammenarbeit mit Arbeitgebenden bzw. den Arbeitsschutzbeauftragten verpflichtet (Art. 13).

- 153 Es gibt jedoch keine besondere Einzelrichtlinie zum Schutz vor **psychischen Gesundheitsrisiken**. Psychische Belastungen werden in der Rahmenrichtlinie nicht explizit genannt¹⁵⁴ (sie werden lediglich in zwei Einzelrichtlinien erwähnt¹⁵⁵). Nach Art. 5 Abs. 1 der Rahmen-RL ist «der Arbeitgeber aber verpflichtet, für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer in Bezug auf alle Aspekte, die die Arbeit betreffen, zu sorgen.» Und in Art. 6 heisst es: «Der Arbeitgeber muss darauf achten, dass diese Massnahmen entsprechend den sich ändernden Gegebenheiten angepasst werden, und er muss eine Verbesserung der bestehenden Arbeitsbedingungen anstreben.»
- 154 Die Richtlinie über bestimmte Aspekte der **Arbeitszeitgestaltung**¹⁵⁶ enthält Bestimmungen für die täglichen und wöchentlichen Ruhezeiten, den Jahresurlaub, die Ruhepausen, und die wöchentliche Höchstarbeitszeit sowie bestimmte Aspekte der Nacht- und der Schichtarbeit und des Arbeitsrhythmus' als «Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz» (Art. 1 Abs. 1 und Art. 15). Arbeitgebende haben dafür zu sorgen, dass die Arbeitsgestaltung auch bei «Arbeit nach einem bestimmten Rhythmus» dem Menschen angepasst ist (Art. 13). Es sind Abweichungen für zahlreiche Branchen und Arbeitnehmende möglich (wie «Arbeitnehmer mit selbstständiger Entscheidungsbefugnis», Art. 17 ff.)¹⁵⁷. Einzelne Arbeitnehmende können sich dafür entscheiden, mehr als 48 Stunden pro Woche zu arbeiten (sogenanntes «Opt-out»). In Tarifverträgen kann z. B. erlaubt werden, die wöchentliche Arbeitszeit im Jahresdurchschnitt festzulegen¹⁵⁸. Gegenüber der Vorgänger-

¹⁵³ LENHARDT/ROSENBROCK, S. 328; MÜLLER-PETZER, S. 70.

¹⁵⁴ AUBRY GIRARDIN, Rz. 175; GAGNEBIN, Rz. 34.

¹⁵⁵ In Art. 3 Abs. 1 der Bildschirm-RL (90/270, Abl. L 156/1990). Im Ingress zur RL über Schwangere, Wöchnerinnen und Stillende (92/85, Abl. L 348/1992) wird erwähnt, dass eine Entlassung sich negativ auf die «psychische Verfassung» der Schwangeren auswirken kann; GAGNEBIN, Rz. 49.

¹⁵⁶ RL 2003/88/EG vom 4.11.2003 (Abl. L 299/2003). Die RL ist am 2.8.2004 in Kraft getreten.

¹⁵⁷ EUROPÄISCHE KOMMISSION, Bericht Arbeitszeitrichtlinie, S. 5 f.; Siehe auch die «Europäische Vereinbarung über die Regelung bestimmter Aspekte der Arbeitszeitgestaltung in der Binnenschifffahrt» vom 15.2.2012 zwischen den Sozialpartnern auf <http://ec.europa.eu/social>.

¹⁵⁸ Zu den Erfahrungen in den einzelnen Ländern siehe EUROPÄISCHE KOMMISSION, Bericht Arbeitszeitrichtlinie, S. 8 f.

version¹⁵⁹ brachte die nun geltende Richtlinie einen Abbau des Gesundheitsschutzes¹⁶⁰. Sodann musste der EuGH die Anrechnung von Bereitschaftsdienst an die Arbeitszeit klären¹⁶¹.

Selbständig Erwerbstätige fallen nicht unter die Gemeinschaftsrichtlinien zum Arbeitsschutz, sie sind jedoch ähnlichen Risiken für ihre Gesundheit ausgesetzt wie Arbeitnehmende. Der Rat empfiehlt daher den Mitgliedstaaten¹⁶², z.B. durch Sensibilisierungskampagnen, mit Anreizen und Förderung von Schulungen zur Verbesserung des Gesundheitsschutzes von Selbstständigen beizutragen. 155

G. Selbständige

Selbständig Erwerbstätige können bei der Arbeit **Gesundheitsgefahren** ausgesetzt sein. Der häufig unmittelbare Bezug zwischen zeitlichem Engagement und Erwerbseinkommen verleitet diese besonders dazu, die eigenen gesundheitlichen Grenzen zu missachten¹⁶³. Obwohl auch ein öffentliches Interesse daran besteht, dass selbständig Erwerbstätige das Sozialversicherungssystem nicht durch arbeitsbedingte Gesundheitsschäden belasten, wird dies in der Schweiz kaum thematisiert¹⁶⁴. Gesundheitliche Vorsorge und Selbstachtsamkeit bei der Erwerbsarbeit passen (noch) nicht recht in das vorherrschende unternehmerische Selbstbild¹⁶⁵. 156

¹⁵⁹ Richtlinie 93/104/EG vom 23.11.1993 (ABl. L 307/1993).

¹⁶⁰ GAGNEBIN, Rz. 53 ff. insbes. Rz. 56. Zurzeit ist die Richtlinie wieder in Überarbeitung (EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, ..., Überarbeitung der Arbeitszeitrichtlinie vom 21.12.2010, KOM, 2010, 801).

¹⁶¹ Rechtssachen SIMAP (C-303/98), Jaeger (C-151/02), Pfeiffer (C-398/01) und Dellas (C-14/04).

¹⁶² Mit der Empfehlung 2003/134/EG vom 18.2.2003 (ABl. L 53/2003).

¹⁶³ PRÖLL, S. 308 ff.; SCHULZE BUSCHOFF KARIN, Gute Arbeit und «neue Selbstständigkeit», in Schröder Lothar/Urban Hans-Jürgen (Hrsg.), Gute Arbeit, Zeitbombe Arbeitsstress – Befunde, Strategien, Regelungsbedarf, Frankfurt a.M. 2012, S. 191–199, S. 191 ff.

¹⁶⁴ Selbst MERET BAUMANN erwähnt in ihrer Dissertation «Das Solidaritätsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht» (Zürich 2008) den situativen (Art. 1a, 16b Abs. 1 lit. a Ziff. 2 und 27 EOG) bzw. freiwilligen Einbezug von Selbständigen (Art. 4 UVG, Art. 4 BVG) in die als Arbeitnehmersicherungen konzipierten Sozialversicherungszweige nur am Rande (S. 101 f.). Siehe jedoch: ILO, Labour Inspection, Rz. 373; auch: MANI, S. 212 f.; REHBINDER, Menschenbild, S. 137; RIEMER-KAFKA GABRIELA, Die Stellung der Unfallversicherung im Rahmen des schweizerischen Sozialversicherungssystems, in: SZS 2008, S. 202–222, S. 220.

¹⁶⁵ PRÖLL, S. 311. Bei der Beratung von Startups sollte diesem Aspekt aber mehr Beachtung geschenkt werden (PRÖLL, S. 309).

- 157 Für die **Prävention** bei selbständig Erwerbstätigen bestünde in der Schweiz gar keine Gesetzgebungskompetenz, da sich Art. 110 Abs. 1 lit. a BV nur auf den Schutz von *Arbeitnehmenden* bezieht¹⁶⁶. Dem entsprechend umfasst der Schutzbereich des ArGs nur Arbeitnehmende (Art. 1 Abs. 2 ArG)¹⁶⁷. Der Schutz der dem ArG nicht unterstellten Personen kann (indirekt) durch öffentlichrechtliche Bestimmungen des kantonalen Rechts, wie z.B. Ladenöffnungszeiten¹⁶⁸ erfolgen.

H. Beurteilung und Probleme

- 158 Durch das ArG ist heute schon die **psychische Gesundheit** der Arbeitnehmenden grundsätzlich gleichermassen wie die körperliche Unversehrtheit geschützt. Das ArG ist jedoch nur da konkret, wo es um Dauer und Lage von Arbeitszeiten geht. Die wenigen Bestimmungen bezüglich des psychischen Schutzes weisen eine deutlich **geringere Normendichte** auf als die Bestimmungen zum Schutz vor körperlichen Einwirkungen. Einforderbare Rechte und Pflichten zum Schutz vor psychischen Risiken finden sich in den vagen Bestimmungen von Gesetz und Verordnung nicht. Erst auf der Ebene Wegleitung und Merkblätter stösst man auf Grundsätze der Prävention und (immer noch vage) Handlungsanweisungen zum psychischen Gesundheitsschutz.
- 159 Die Schweiz war bislang einem umfassenden **integralen Arbeitsschutz** kaum zugänglich. Dies liegt am Dualismus UVG/ArG und an den komplizierten Vollzugsstrukturen, aber offenbar auch an einer gewissen «Immunität» gegenüber Strömungen des Arbeitsschutzes im Ausland, was sich auch durch ihr Abseitsstehen bei internationalen Verpflichtungen ausdrückt.
- 160 Die **zu allgemein** gehaltenen Vorschriften über den psychischen Gesundheitsschutz im ArG und in der ArGV3¹⁶⁹ und selbst die Arbeitszeitvorschriften werden mangels der erforderlichen Mittel in der Praxis kaum überprüft und durchgesetzt¹⁷⁰. Es sind denn auch «gravierende Verstösse» im Bereich Arbeitszeitvorschriften zu verzeichnen¹⁷¹.

¹⁶⁶ BGer vom 13.6.2006, U 41/05 betr. Nichteignungsverfügung gegenüber einem freiwillig UVG-versicherten Physiotherapeuten.

¹⁶⁷ GEISER, HK, Art. 1 ArG N 11 ff.

¹⁶⁸ BGE 130 I 279, E. 2.3.1, S. 284; BGE 119 Ib 374, E. 2b/bb s. 379; BGE 101 Ia 484, E. 7a, S. 486; GÄCHTER, Arbeitsschutz, Rz. 11 ff.

¹⁶⁹ Oben Rz. 90 ff.

¹⁷⁰ BAUER in BAUER/SCHMID, S. 23 f.

¹⁷¹ EKAS, Jahresbericht 2011, S. 32.

Der Bundesrat ist selber der Meinung, dass ein Verbesserungspotenzial beim **Vollzug des Arbeitsgesetzes** besteht¹⁷². Darum war er bereit, die Situation zu prüfen und aufzuzeigen, in welchen Bereichen gegebenenfalls Handlungsbedarf besteht. Laut einem Postulat von NR Max Chopard-Acklin¹⁷³ haben sich die Kantone nämlich faktisch «aus dem Vollzug des Arbeitsgesetzes verabschiedet». Der öffentlich-rechtliche Charakter des Arbeitsgesetzes komme so nicht mehr zum Tragen. Ob in den Betrieben die Höchstarbeitszeiten eingehalten werden oder Gesundheitsbelastungen vorherrschen, scheine zur Privatsache zu verkommen; dies, obschon die daraus entstandenen Gesundheitskosten von rund 10 Milliarden Franken pro Jahr dann letztlich von der öffentlichen Hand übernommen werden müssen. 161

¹⁷² Stellungnahme des Bundesrates vom 18.8.2010 zum Postulat NR Max Chopard-Acklin «Senkung der Gesundheitskosten durch die Arbeitsinspektorate» vom 7.6.2010 (Gesch.-Nr. 10.3379).

¹⁷³ Mehr dazu unten Rz. 643.

§ 4 Privatrechtliche Fürsorgepflicht

A. Materielles Recht

- 162 Wer Arbeitsplätze anbietet, muss nicht allein aufgrund von öffentlichrechtlichen Vorschriften (oben § 2 und 3) dafür sorgen, dass die Gesundheit der Beschäftigten nicht beeinträchtigt wird. Im privaten Arbeitsverhältnis beruht diese Pflicht zudem auf **Artikel 328 OR**¹. Für öffentlichrechtliche Anstellungen verweisen einzelne Personalgesetze auf das OR², andere umschreiben die entsprechenden Rechte der Angestellten bisweilen ähnlich wie das OR³, aber häufig wird diese Schutzpflicht im öffentlichen Personalrecht nicht ausdrücklich erwähnt⁴. Die folgenden Ausführungen stützen sich nun auf Art. 328 OR.
- 163 JULIUS LANDMANN schrieb 1904 in seiner Kommentierung des ORs in der Fassung von 1881⁵:

Eine neuere bundesgerichtliche Praxis hat neben der Entrichtung einer Vergütung noch eine **zweite Pflicht** des Arbeitgebers aufgestellt, ... die Pflicht nämlich, seine Arbeiter vor den Gefahren des Betriebes zu sichern und dafür zu sorgen, dass sie ihre Obliegenheiten in Sicherheit verrichten können.

Der **Schutz der Arbeitnehmenden** ergab sich damals laut Bundesgericht «nach den Regeln der guten Treuen von selbst aus der Natur des gedachten Vertragsverhältnisses»⁶ und hatte bei Unfällen eine vertragliche Verschuldenshaftung zur Folge⁷. Diese «zweite Pflicht des Arbeitgebers» neben der

¹ Die Arbeitnehmenden, auf die Art. 6 ArG nicht anwendbar ist (vgl. o. Rz. 119), können sich nur auf diese Bestimmung zum Schutz ihrer Gesundheit und bei übermässig langen Arbeitszeiten berufen (BGer vom 23.4.2003 4C.94/2003, E. 5)

² Z.B. Art. 6 Abs. 2 BPG oder § 4 Gesetz über die Grundzüge des Personalrechts des Kantons Aargau (SAR 165.100); UHLMANN FELIX, Aktuelle Problemstellungen im Verwaltungsrecht, in: Aktuelle Anwaltspraxis 2011, Bern 2011, S. 870 ff.; WYLER, responsabilité, S. 252.

³ Z.B. Art. 4 Abs. 2 lit. g BPG oder § 39 Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals des Kantons Zürich (LS 177.10).

⁴ Z.B. Gesetz über das Staatspersonal des Kantons Solothurn vom 27. September 1992 (BGS 126.1); Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals des Kantons Zug vom 1. September 1994 (BGS 154.21).

⁵ LANDMANN, S. 5; Hervorhebung durch die Verfasserin.

⁶ BGE 26 II 56, E. 2.

⁷ Im Urteil vom 5.5.1894 (BGE 20, S. 485 ff.) ging es um den Verlust eines Daumens wegen fehlender Schutzvorrichtung an einer Bohrmaschine und laut Urteil vom 2.2.1900 (BGE 26 II, S. 56 ff.) haftete ein Bauer wegen mangelnder Instruktion und Beaufsichtigung seiner 14-jährigen Magd, welcher beim «Hineinschieben von Güsel in eine Dreschmaschine ... die linke Hand zermalmt» wurde.

Lohnzahlung wird heute als Fürsorgepflicht und als Gegenstück zur Treuepflicht der Arbeitnehmenden bezeichnet⁸.

Eine **allgemeine Fürsorgepflicht** und die Pflicht, auf «die Gesundheit des Arbeitnehmers gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen» fand erst mit der Revision von 1972 Eingang ins OR⁹. Den Bedarf für die Revision begründete der Bundesrat so¹⁰:

Rationalisierung, Mechanisierung und – in Verbindung mit der maschinellen Datenverarbeitung – Automatisierung prägen immer mehr die betriebliche Arbeit ... Damit steigert sich die persönliche Abhängigkeit von den Befehlen, Anordnungen und Weisungen des Arbeitgebers bei der Erbringung der dem Arbeitnehmer jeweils übertragenen Arbeiten im Rahmen der festgelegten Arbeitszeit. ... Auf der andern Seite hat sich aber das Arbeitsklima ... entscheidend verändert. Der Pflege der menschlichen Beziehungen im gemeinsamen Arbeitsbereich gehört die Aufmerksamkeit und die Sorge derjenigen Arbeitgeber, die deren Bedeutung für den gemeinsamen Arbeitserfolg erkennen. ... Der Arbeitnehmer wird nicht mehr bloss als Produktionsfaktor betrachtet, er ist zum unentbehrlichen Mitarbeiter geworden.

Eine gesetzliche Normierung eines **umfassenderen Gesundheitsschutzes** als bisher¹¹ erachtete der Bundesrat aus folgenden Gründen für nötig¹²:

Im Hinblick auf die überragende Bedeutung der Gesundheit als eines der wichtigsten Güter des Arbeitnehmers ergibt sich aus der Pflicht des Arbeitgebers zur entsprechenden Rücksichtnahme die Folge, dass er den Arbeitnehmer nicht überanstrengen und nicht mit Arbeit so belasten darf, dass die Gesundheit geschädigt oder gefährdet werden könnte. ... Der Arbeitgeber hat somit alles zu tun, um die gesundheitliche Unversehrtheit des Arbeitnehmers zu wahren.

Heute lautet Art. 328 OR mit der Marginale «Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers»¹³:

¹ Der Arbeitgeber hat im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend

⁸ PETERMANN, Pflichten, S. 3; PORTMANN, BSK, Art. 328 OR N 1; REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 2; STAEHELIN, ZK, Art. 328 OR N 1.

⁹ WAEBER, personnalité, S. 39.

¹⁰ Botschaft zur Revision des Dienstvertragsrecht im OR, BBl 1967 II, S. 274 f.; auch PETERMANN, Pflichten, S. 3.

¹¹ Art. 339 aOR lautete: «Der Dienstherr hat, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Dienstverhältnis und die Natur der Dienstleistung ihm billigerweise zugemutet werden darf, für genügende Schutzmassregeln gegen die Betriebsgefahren, für angemessene und gesunde Arbeitsräume und, wo Hausgemeinschaft besteht, für gesunde Schlafräume zu sorgen».

¹² Botschaft zur Revision des Dienstvertragsrecht im OR, BBl 1967 II, S. 345.

¹³ Ergänzt wurde der zweite Satz von Abs. 1 mit Erlass des Gleichstellungsgesetzes. Er ist in Kraft seit 1.7.1996 (AS 1996, S. 1498; BBl 1993 I, S. 1248).

Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Er muss insbesondere dafür sorgen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht sexuell belästigt werden und dass den Opfern von sexuellen Belästigungen keine weiteren Nachteile entstehen.

² Er hat zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihm billigerweise zugemutet werden kann.

- 167 Die Formulierung von Art. 328 Abs. 2 OR ist fast identisch mit Art. 6 Abs. 1 ArG. Es fällt aber auf, dass die Arbeitgebenden nach OR nicht explizit dafür sorgen müssen, «dass Gesundheitsgefährdungen und Überbeanspruchungen der Arbeitnehmer nach Möglichkeit vermieden werden» (Art. 6 Abs. 2 ArG). Der Schutz vor **psychischen Gefährdungen** wird hier also (noch) weniger deutlich angesprochen.
- 168 Genauso wie das öffentlichrechtliche Pendant ist Art. 328 OR vage formuliert und bedarf der **Konkretisierung**. Dies geschieht einerseits durch die privatrechtliche Rechtsprechung und andererseits durch Verweis auf die öffentlichrechtlichen Normen mittels der Rezeptionsklausel (Art. 342 Abs. 2 OR). Die offen formulierte Schutznorm von Art. 328 OR dient umgekehrt den politischen Behörden als Ausflucht, um im öffentlichen Arbeitsschutz oder bezüglich der Ratifikation von IAO-Übereinkommen untätig zu bleiben¹⁴. Sie verweisen darauf, dass sich Betroffene ja mit den zivilrechtlichen Mitteln zur Wehr setzen können.
- 169 Nach **Rechtsprechung** und Lehre ist anerkannt, dass Art. 328 OR den Arbeitnehmenden¹⁵ Schutz vor physischen *und psychischen* Gesundheitsbeeinträchtigungen verleiht¹⁶, insbesondere Schutz vor Überanstrengung¹⁷ und Unterforderung¹⁸, vor «Stress»¹⁹, Mobbing²⁰ und vor sexueller Belästigung²¹;

¹⁴ Z.B. Begründung des BR zur Ablehnung des IAO-Übereinkommens 155 (Rz. 140), BBl 1983 I, S. 43.

¹⁵ Analog gilt dies auch für Arbeitnehmende in öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen, z.B. BGer vom 20.6.2003 2P.207/2002 betr. Mobbing.

¹⁶ LETSCH, Rz. 189; PORTMANN, BSK, Art. 328 OR N 11a; REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 4; STAEHELIN, ZK, Art. 328 OR N 1 und 28; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 15.

¹⁷ Leiturteil 2, oben Rz. 30 ff.; BGer vom 20.3.2006 4C. 320/2005; HIRSIGER, Rz. 319; PÄRLI, Rz. 1353; PORTMANN, Stresshaftung, S. 5; WYLER, Droit du travail, S. 302 und 325 f.

¹⁸ BEER, SJZ 1983, S. 228.

¹⁹ Zum Begriff s. unten Rz. 273 ff.; PORTMANN, BSK, Art. 328 OR N 21b; PORTMANN, Stresshaftung, S. 4.

ausserdem gewährt Art. 328 OR Schutz bei Konflikten²² sowie allenfalls schlechtem Arbeitsklima²³ sowie allgemein vor Persönlichkeitsverletzungen²⁴, wobei eine gewisse Intensität der Beeinträchtigung gefordert wird²⁵.

Als **Rezeptionsklausel** wird Art. 342 Abs. 2 OR bezeichnet, wonach sich 170 Arbeitnehmende in einem zivilrechtlichen Streit direkt auf eine öffentlichrechtliche Vorschrift (insbesondere des ArGs und darauf beruhender Verordnungen) berufen können, wenn die öffentlichrechtliche Verpflichtung «Inhalt des Einzelarbeitsvertrages sein könnte»²⁶. Somit sind die öffentlichrechtlichen Arbeitsschutzvorschriften auch für die Geltendmachung privatrechtlicher Ansprüche von Bedeutung²⁷; je klarer und detaillierter sie den Verantwortungsbereich der Arbeitgebenden normieren, desto besser wissen die Unternehmen, wie sie die arbeitsvertragliche Nebenpflicht umsetzen und sich vor Haftungsklagen schützen können. Dank konkreteren Normen gelingt es überdies den Arbeitnehmenden, ihre privatrechtlichen Ansprüche durchzusetzen. Ob die Schutzbereiche des öffentlichen und des privaten Arbeitsrechts übereinstimmen, ist noch zu klären²⁸. Gemäss Bundesgericht ist es jedoch nicht auszuschliessen, dass Art. 328 Abs. 2 OR zu einem weiter reichenden Schutz als das öffentliche Recht verpflichte²⁹.

Bei **Diskriminierung wegen des Geschlechts** können Arbeitnehmende 171 Rechtsansprüche aufgrund des Gesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann GIG geltend machen. Neben dem generellen Schutz vor direkter und indirekter Diskriminierung (Art. 3 GIG) umschreibt Art. 4 GIG Diskriminie-

²⁰ BGE 125 III 70, E. 2a; BGer vom 22.4.2005 2A.312/2004; PORTMANN, BSK, Art. 328 OR N 19 ff.; STAEHELIN, ZK, Art. 328 OR N 6; WAEBER, Mobbing, S. 795.

²¹ BGE 126 III 395; BGer vom 5.3.2007 4C.289/2006; AUBERT, commentaire, Art. 328 OR N 5; PORTMANN, BSK, Art. 328 OR N 40 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 5 ff. Als weitere Rechtsgrundlage kommt hier auch Art. 4 GIG in Betracht.

²² PORTMANN, BSK, Art. 328 OR N 8; REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 12; RUDOLPH, S. 80; WYLER, Droit du travail, S. 302 und 324.

²³ BGer vom 30. 8. 2007 1C_156/2007; PÄRLI, Rz. 1343; PORTMANN, BSK, Art. 328 OR N 18.

²⁴ BGE 125 III 70.

²⁵ PORTMANN, BSK, Art. 328 OR N 21c; PORTMANN, Stresshaftung, S. 7; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 7.

²⁶ REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 16; SONNENBERG, S. 178; SCHEIDEGGER/PITTELOU, Art. 6 ArG N 33; STAEHELIN, ZK, Art. 328 OR N 17; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 6; TSCHUDI, Arbeitsrecht, S. 439.

²⁷ GEISER, HK, Art. 3a ArG N 9; PORTMANN, Stresshaftung, S. 7; SCHNEIDER J.-A., S. 302.

²⁸ Unten Rz. 728 ff.

²⁹ BGE 132 III 257, E. 5.4; s. a. AUBRY GIRARDIN, S. 60 f. Dazu unten Rz. 738 ff.

rung durch **sexuelle Belästigung**. Wird eine sexuelle Belästigung seitens eines Arbeitskollegen oder einer Arbeitskollegin geltend gemacht³⁰, gilt zwar die Beweislast erleichterung von Art. 6 GlG nicht³¹, aber die Betroffenen können gem. Art. 5 Abs. 3 GlG eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen auf der Basis des schweizerischen Durchschnittslohnes erhalten, wenn die Arbeitgeberinnen oder Arbeitgeber nicht beweisen können, dass sie zumutbare Massnahmen zur Verhinderung von sexuellen Belästigungen getroffen haben³². Diese Bestimmung hat bewirkt, dass viele Betriebe und Verwaltungseinheiten Weisungen und Reglemente erlassen haben, Beratungsstellen eingerichtet und Vertrauenspersonen für sexuell Belästigte bestimmt haben³³.

B. Rechtsdurchsetzung

- 172 Beim Erlass von Art. 328 OR wurde bewusst darauf verzichtet, die Rechtsfolgen einer Verletzung der Fürsorgepflicht besonders festzulegen, «weil diese Folgen aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen abgeleitet werden können»³⁴. Verletzen Arbeitgebende die Vorschriften über die Gesundheitsvorsorge am Arbeitsplatz, haben Arbeitnehmende im privaten Arbeitsverhältnis arbeitsvertragliche **Rechte**³⁵, nämlich:
- die Arbeitgeberin zu mahnen (Art. 102 Abs. 1 OR) bzw. auf Erfüllung zu klagen³⁶;
 - die Arbeit einzustellen, d.h. ihre Leistung zu verweigern (Art. 324 Abs. 1 OR)³⁷;
 - ordentlich zu kündigen (Art. 334 ff. OR);
 - nach erfolgloser Abmahnung allenfalls fristlos zu kündigen (Art. 337 OR)³⁸;

³⁰ RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, Art. 5 GlG N 52.

³¹ KAUFMANN, Art. 4 GlG N 75.

³² NICOLE VÖGELI GALLI kritisiert die Zusprennung von zu wenig wirksamen Entschädigungssummen durch die Gerichte (mit zahlreichen Hinweisen) in ihrem Artikel über Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz – Die Rechtsprechung im Spannungsfeld der involvierten Interessen, in: ArbR 2009, S. 33–43, S. 40 ff.

³³ BGer vom 18.8.2009 4D_88/2009; KAUFMANN, Art. 4 GlG N 42.

³⁴ Botschaft zur Revision des Dienstvertragsrecht im OR, BBl 1967 II S. 346.

³⁵ PORTMANN, BSK, Art. 328 OR N 52; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 19; WAEGER, Mobbing, S. 794 f.

³⁶ MÜLLER ROLAND A., Gesundheitsschutz, S. 163; REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 20; STAEHELIN, ZK, Art. 328 OR N 15.

³⁷ LUGINBÜHL, S. 69; WOLFER, Rz. 592.

³⁸ REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 26; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 17.

- Entschädigung zu verlangen bei allfälliger missbräuchlicher Kündigung durch die Arbeitgeberin (Art. 336 Abs. 2 OR)³⁹;
- Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung geltend zu machen (Art. 97 OR)⁴⁰.

Neben diesen den einzelnen Arbeitnehmenden, allenfalls auch den Gewerkschaften⁴¹ zustehenden Rechten aufgrund des ORs, können bei Persönlichkeitsverletzungen auch alle **Rechtsbehelfe von Art. 28a ZGB** angerufen werden⁴². Danach kann eine drohende Verletzung verboten werden und eine widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung festgestellt werden, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt (Abs. 1 Ziff. 1 und 3)⁴³. 173

Es ist jedoch sehr selten, dass Arbeitnehmende bei bestehendem Arbeitsverhältnis die **Erfüllung der Fürsorgepflicht** gegenüber ihrer Arbeitgeberin vor Gericht erstreiten, gefährden sie doch regelmässig damit ihren Arbeitsplatz⁴⁴, zumal der Kündigungsschutz in der Schweiz im Verhältnis zum Ausland relativ schwach ist⁴⁵. Einfacher ist es für sie, wenn sie ihre Arbeit bis zur Erfüllung einstellen⁴⁶ oder nach erfolgloser Mahnung⁴⁷ mit einer Anzeige an das zuständige Arbeitsinspektorat (Art. 54 ArG) gelangen⁴⁸. 174

Gemäss WAEBER sollen 98% der Fälle einer Persönlichkeitsverletzung erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Sprache kommen⁴⁹. Art. 328 OR wird meist erst angerufen, wenn Arbeitnehmende eine **missbräuchliche Kündigung** geltend machen⁵⁰, weil ihre Leistungseinbussen auf eine Verletzung der Schutzpflicht der Arbeitgeberin zurückzuführen seien. In zahlreichen Urteilen hat sich das Bundesgericht mit dem Zusammenhang zwischen der Fürsorgepflicht gegenüber gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitneh- 175

³⁹ Rz. 175.

⁴⁰ Rz. 176.

⁴¹ BGE 114 II 345; STAEHELIN, ZK, Art. 328 OR N 15.

⁴² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 19.

⁴³ REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 25; STAEHELIN, ZK, Art. 328 OR N 15.

⁴⁴ PÄRLI, Rz. 1343; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 19; TSCHUDI, Humanisierung, S. 486 f.; Vgl. auch Bericht des Bundesrates zum Schutz vor Passivrauchen vom 10.3.2006, BBl 2006, S. 3712.

⁴⁵ OECD-Employment Outlook 2004, S. 72. (www.oecd.org/dataoecd/8/4/34846856.pdf)

⁴⁶ PORTMANN, Stresshaftung, S. 13; REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 21; STAEHELIN, ZK, Art. 328 OR N 14; TSCHUDI u.a., Einleitung, N 33.

⁴⁷ PORTMANN, Stresshaftung, S. 13; REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 21.

⁴⁸ BGer vom 22.3.2001 2A.423/2000; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 17 und 19; TSCHUDI u.a., Einleitung, N 33; WAEBER, Mobbing, S. 795.

⁴⁹ WAEBER, Mobbing, S. 794 (ohne Quellenangabe für diese Schätzung).

⁵⁰ SCHEIDEGGER/PITTELOUD, Art. 6 ArG N 33; AUBRY GIRARDIN S. 61 f.; BGer vom 21.2.2006 4P.329/2005.

menden und der Missbräuchlichkeit von Kündigungen nach Ablauf der Sperrfrist (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR) zu befassen⁵¹. Es zeichnet sich dabei ab, dass Kündigungen infolge gesundheitlicher Beeinträchtigung nur gerechtfertigt sind, wenn die Arbeitgeberin vorher ihrer Fürsorgepflicht im notwendigen und zumutbaren Ausmass nachgekommen ist⁵². Umgekehrt gehören individuelle Charakterzüge und Verhaltensmuster nicht zu den mit Art. 336 Abs. 1 lit. a OR geschützten Eigenschaften, die einer Person kraft ihrer Persönlichkeit zustehen⁵³.

- 176 Auch Klagen auf **Schadenersatz** werden meist erst nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses vor Gericht getragen. Sie sind ebenfalls selten wegen der hohen Hürden für die klagenden Arbeitnehmenden⁵⁴, und weil ein Grossteil des Schadens bereits durch Sozialversicherungen gedeckt ist⁵⁵.
- 177 Neben Schadenersatz ist bei schweren Verletzungen der Persönlichkeit **Genugtuung** geschuldet (Art. 99 Abs. 3, Art. 47 und 49 OR)⁵⁶. Die zugesprochenen Genugtuungssummen wegen Verletzungen des Persönlichkeits- und psychischen Gesundheitsschutzes sind in der Schweiz relativ tief⁵⁷. Mehrere Gerichte (fast ausschliesslich aus der welschen Schweiz⁵⁸) verurteilten Firmen zu Genugtuungszahlungen infolge psychischer Erkrankungen. Ein Beispiel ist der Leitfall 2⁵⁹. In anderen Fällen waren Genugtuungssummen geschuldet wegen dauernder Kritik und übertriebenen Anforderungen⁶⁰ und wegen einer angespannten Arbeitsatmosphäre, welche die Mitarbeiter unter dauerndem Druck hielt⁶¹.

⁵¹ BGer vom 27. Mai 2008 4A_102/2008; BGE 132 III 115, E. 5.

⁵² ABEGG/STEBLER, S. 11777, insbes. S. 1180; GABATHULER, S. 36; HUMBERT, S. 1480; RUDOLPH, S. 79.

⁵³ Dies ist allerdings umstritten, vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336 OR N 5; REITER, Führungsmangel, S. 547.

⁵⁴ RUDOLPH, S. 80.

⁵⁵ REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 228.

⁵⁶ BGE 130 III 699, E. 5.1; BGE 125 III 70, E. 3.a; AUBERT, commentaire, Art. 328 OR N 12; DUNAND, S. 112 ff.; PORTMANN, BSK, Art. 328 OR N 53b; PORTMANN, Stresshaftung, S. 12; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 8; WYLER, Droit du travail, S. 324; STAEHELIN, ZK, Art. 328 OR N 15.

⁵⁷ Vgl. Zusammenstellung bei DUNAND, S. 115 f., wonach Summen zwischen 5'000 und 25'000 Franken durch Urteile zugesprochen wurden.

⁵⁸ GABATHULER, S. 39 f.

⁵⁹ BGer vom 17.10.2005 4C.24/2005 (oben Rz. 30 ff.), E. 7.

⁶⁰ BGer vom 20.3.2006, 4C.320/2005, E. 2.

⁶¹ CAPH GE, JAR 2006, S. 455, zusammengefasst in PORTMANN, Stresshaftung, S. 5.

§ 5 Zwischenstand

Der Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken findet sowohl im **öffentlichen wie im privaten Arbeitsrecht** gesetzliche Grundlagen. Geeignete Arbeitsorganisation und übermässige bzw. einseitige Beanspruchung¹ werden zwar in der Verordnung 3 als Gefahren erwähnt, die Bestimmungen geben aber kaum Anhaltspunkte zur konkreten Umsetzung. Die Belastungen durch zwischenmenschliche Konflikte werden im ArG und in der ArGV3 nicht einmal erwähnt, obwohl sich die Rechtsprechung zu Art. 328 OR fast ausschliesslich mit solchen Problemen (Mobbing) zu befassen hatte. 178

Die rechtliche Konkretisierung des psychischen Gesundheitsschutzes erfolgte bislang fast nur durch die **Rechtsprechung** in privaten und dienstrechtlichen Streitfällen. Es ist freilich erstaunlich, dass Gerichte dazu überhaupt Gelegenheit hatten, da die ins Gewicht fallenden Schäden (wie Behandlungskosten und Erwerbsausfall) weitgehend über Sozialversicherungen und z.T. Krankentaggeldversicherungen gedeckt sind². In den erwähnten Präjudizen standen lediglich noch relativ geringe Genugtuungssummen zur Debatte, wenn es nicht um die Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Kündigung (mit begrenztem Streitwert auf maximal sechs Monatslöhne) ging. Dass Betroffene den beschwerlichen Weg einer Zivilklage unter diesen Umständen überhaupt wählen, zeugt von einem grossen Leidensdruck, der möglicherweise auch durch weitgehende Passivität der Arbeitsschutzbehörden hervorgerufen wird. 179

Wie der Tour d'Horizon über das öffentliche Arbeitsrecht gezeigt hat, sind die Anforderungen an den psychischen Gesundheitsschutz den geltenden Rechtsnormen nur in den Grundzügen zu entnehmen. Diese Unbestimmtheit ist vermutlich ein Grund für das erkennbare Vollzugsdefizit. Somit müsste eine Verbesserung der Prävention zunächst einmal bei einer **Konkretisierung** der öffentlichrechtlichen Normen ansetzen. Ob und wie weit dies bezüglich *psychischer* Gesundheitsrisiken überhaupt möglich und zielführend ist³, soll in den folgenden Kapiteln untersucht werden. 180

¹ Sowie Überwachung Art. 26 ArGV3.

² S. unten Rz. 813.

³ BEER, SJZ 1984, S. 91 meint, dies dürfte schwierig sein.

Teil 2: Konkretisierung

§ 1 Rechtspolitische Begründung

A. Rechtsverwirklichung

Man kann die zunehmende «Gesetzesflut» und «Verrechtlichung» beklagen¹, 181
Tatsache ist aber, dass z. B. die **gesetzlichen Konkretisierungen** verschiedener Aspekte des Persönlichkeitsschutzes wie Diskriminierung wegen des Geschlechts oder einer Behinderung, sexuelle Belästigung und Datenschutz zu Verbesserung von Rechtssicherheit und Rechtsschutz beigetragen haben².

Rechtliche Regelungen müssen ausreichend **klar und bestimmt** sein, so dass 182
Arbeitgebende und Arbeitnehmende ihr «Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen» können³. Wer die Prozessaussichten besser abschätzen kann, wird seine Rechte eher geltend machen⁴. Daher besteht Grund zur Annahme, dass eine Konkretisierung des psychischen Gesundheitsschutzes eine entsprechende Wirkung haben wird.

Von zunehmender Verrechtlichung kann hier sowieso nicht die Rede sein. 183
Wer eine Konkretisierung **unbestimmter Rechtsnormen** empfiehlt, beabsichtigt nämlich nicht, neue Bereiche des gesellschaftlichen Lebens gesetzlich zu durchdringen. Es geht vielmehr darum, einen bereits gesetzlich determinierten Bereich vorhersehbar und justiziabel zu gestalten. Dadurch sollte sich Recht ja auszeichnen, dass es in einer Ungewissheit Gewissheit verschafft⁵. Dies ist im Arbeitsschutz besonders nötig, denn das Defizit im Vollzug des

¹ BÜLLESBACH, Systemtheorie, S. 440 und 450; Dazu kritisch REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 204.

² In der Schweiz sind gem. EU-OSHA, ESENER, S. 44 wohl dank GlG (Präventions-) Verfahren zum Umgang mit Mobbing und Belästigung (ca. 30%) stärker verbreitet als Verfahren zum Umgang mit Stress oder Gewalt (CH ca. 20% gegenüber den EU-27-Staaten je 26%); Vgl. auch Bericht des BR vom 15.2.2006 über die Evaluation der Wirksamkeit des GlG, BBl 2006, S. 3188 f.; RYTER, S. 1430.

³ BGE 132 I 49, E. 6.2; BGE 117 Ia 472, E. 3e; BGE 109 Ia 273, E. 4d mit Hinweisen auf die Rechtsprechung der Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention; PÄRLI, Rz. 651.

⁴ DEVEAUD-PLÉDRAN, S. 207 ff.

⁵ NOBEL, S. 26.

Arbeitsgesetzes⁶ und die daraus resultierende Schutzlücke hängt wohl zu einem guten Teil mit der heutigen Regelungslücke zusammen⁷.

- 184 Das Arbeitsschutzrecht erhebt den Anspruch, das Verhalten der Arbeitgebenden zu steuern⁸. Einerseits werden im Gesetz **Ziele** festgelegt, nämlich möglichst weitgehende Vermeidung von «Gesundheitsgefährdungen und Überbeanspruchungen der Arbeitnehmer» (Art. 6 Abs. 2 ArG). Andererseits erfolgt eine direkte Verhaltenssteuerung⁹ über Normierung von **Massnahmen**: Mit Vorschriften über Arbeits- und Ruhezeiten und durch die Umschreibung, was «nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen ist».
- 185 Sowohl die gesetzlichen Ziele, wie die Massnahmen bedürfen in hohem Masse der **Auslegung**. Dies schafft einerseits eine gewisse Flexibilität, um dem Einzelfall gerecht zu werden, geht aber auf Kosten von Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit. Auslegungsbedürftigkeit erschwert die Kontrolle rechtmässigen Verhaltens, bzw. setzt die Betriebe weitgehend dem Ermessen der Vollzugsbehörden aus¹⁰. So bezeichnet es auch MANFRED REHBINDER als «rechtspolitisch unerfreulich», dass sich Schutzmassnahmen erst im Einzelfall aufgrund des richterlichen Ermessens konkretisieren, «denn dadurch wird zu Prozessen aufgefordert»¹¹.
- 186 Wenn eine Konkretisierung besser gelänge, hätte dies auch **Auswirkungen** auf das Zivilrecht. Aufgrund der Rezeptionsklausel von Art. 342 Abs. 2 OR¹² dienen nämlich die Vorschriften des Arbeitsschutzrechts als Richtschnur für die Auslegung der Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR¹³. Ausserdem ist eine Konkretisierung unabdingbar, wenn überhaupt überprüft werden soll, dass bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen nur Anbieter berücksichtigt werden, welche die Anforderungen des psychischen Gesundheitsschutzes erfüllen (Art. 8 Abs. 1 lit. b BöB).
- 187 In der ArGV3 werden einzelne (physische) **Risiken** benannt, wie Licht, Luft, Klima, Lasten etc. (teilweise auch schon im Gesetz¹⁴). Die **Schutzmassnah-**

⁶ Oben Rz. 160.

⁷ Eine ähnliche Beurteilung ergibt sich für Deutschland (BECK u.a., S. 117; MEYN, S. 89; URBAN/PICKSHAUS/FERGEN, S. 31 ff.).

⁸ REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 205.

⁹ REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 174.

¹⁰ FUNK, S. 26; HEILMANN/HAGE, S. 684; SEILER, Abschlussbericht, S. 24; UHLMANN/HOFSTETTER, S. 462 f.

¹¹ REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 19.

¹² Oben Rz. 168 ff.

¹³ MÜLLER ROLAND A., Art. 6 Abs. 1 ArG N 4; PORTMANN, Stresshaftung, S. 7; REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 16; SONNENBERG, S. 178.

¹⁴ Alkoholkonsum in Ausübung der beruflichen Tätigkeit (Art. 6 Abs. 2^{bis} ArG).

men werden jedoch mit unterschiedlichem Konkretisierungsgrad vorgeschrieben. Das geht z.B. vom Schutz vor übermässiger Sonneneinwirkung ohne Nennung einer Massnahme (Art. 20 ArGV3) bis zur Vorschrift, dass in Arbeitsräumen «auf jeden beschäftigten Arbeitnehmer ein Luftraum von wenigstens 12 m³» entfallen muss (Art. 12 ArGV3). Die Wahl der Mittel wird den Betrieben also in unterschiedlichem Umfang zugestanden. Die Unterschiede mögen wohl hauptsächlich dadurch begründet sein, dass einzelne Risiken (wie Luftraum pro Arbeitskraft) messbar sind, so dass die Massnahmen auch konkret vorgeschrieben und überprüft werden können. Für «übermässige Sonneneinwirkung» gibt es hingegen keinen Messwert. Es ist also zu befürchten, dass die Konkretisierung der psychischen Gesundheitsvorsorge auf dieselbe Schwierigkeit stossen wird.

B. Verfassungsmässigkeit

Das **Legalitätsprinzip** gebietet, dass das Recht Grundlage staatlichen Handelns ist (Art. 5 Abs. 1 BV). Eine gesetzliche Norm soll dem Einzelfall möglichst gerecht werden, und Verwaltungshandeln möglichst voraussehbar machen¹⁵. Beides erfordert «hinreichende und angemessene Bestimmtheit», das richtige «Mischverhältnis» zwischen Gestaltungsfreiheit und rechtlicher Determiniertheit¹⁶, bzw. das «gesunde Mass» zwischen Freiheit und Fürsorge¹⁷. Eine Rechtsnorm nennt idealerweise die tatbeständlichen Voraussetzungen und bestimmt die Rechtsfolgen klar¹⁸.

Diesem Ideal sind im Arbeitsschutz Grenzen gesetzt, weil für eine Unzahl von ganz unterschiedlichen Betrieben und eine Vielzahl von Risiken durchsetzbare Normen geschaffen werden müssen. Hier den **optimalen Konkretisierungsgrad** zu finden, ist daher eine besondere Herausforderung. Werden Belastungen (wie Überbeanspruchung) in Rechtsnormen genannt, weist dies den Verantwortlichen den Weg, worauf sie zu achten haben. Auch wenn man beim psychischen Schutz nicht messbare Massnahmen vorschreiben können, trägt schon das Benennen der bekannten Belastungsfaktoren zur Konkretisierung des Verantwortungsbereichs der Arbeitgebenden bei und

¹⁵ BGE 132 I 49, E. 6.2; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 309; HANGARTNER YVO, Art. 5 BV N 11 in Ehrenzeller u.a. St. Galler Kommentar; UHLMANN/HOFSTETTER, S. 469.

¹⁶ BGE 128 I 327 E. 4.2; BGer vom 3.7.2012 2C_485/2010, E. 7.2; RICHLI, S. 397; SCHNEIDER U., S. 100; TSCHANNEN, § 7 Rz. 33.

¹⁷ MÜLLER MARKUS, Selbstbestimmung, S. 78 ff.

¹⁸ MASTRONARDI, S. 165.

sorgt für mehr Rechtssicherheit¹⁹. Die heute zu geringe Regelungsdichte der ArGV3 bezüglich der psychischen Gesundheitsrisiken lässt sich aber nicht länger rechtfertigen²⁰. Sie ist stossend, wenn man die bedeutend ausführlicheren Bestimmungen zum Schutz vor physischen Risiken dagegen hält.

- 190 Im eingangs geschilderten Leitfall 1 hat die Treuhandfirma geltend gemacht, dass die Vollzugsbehörden in verschiedenen Kantonen ihre Funktion in ähnlichen Fällen ganz unterschiedlich wahrnehmen²¹. Die Anwendung eines Bundesgesetzes muss die **Rechtsgleichheit** wahren und Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandeln (Art. 8 BV). Hier geht es zum einen darum, allen Arbeitnehmenden in der Schweiz dasselbe grundrechtlich verankerte Schutzniveau zu gewähren²², andererseits sollen Unternehmen im Markt mit gleichen rechtlichen Rahmenbedingungen agieren können bzw. müssen²³.
- 191 Ausführungsbestimmungen zur Generalklausel von Art. 6 ArG sind geeignet, Rechtsgleichheit bestmöglich zu erreichen²⁴. Sie geniessen eine demokratische **Legitimation**²⁵. Sie sind durch das spezifische Verfahren mit Einbezug der Sozialpartner²⁶ zusätzlich legitimiert und werden voraussichtlich akzeptiert²⁷. Inhaltlich haben Arbeitsschutzbestimmungen ohnehin eine hohe Legitimation, da es ihnen gelingt, angemessene Vorteile aus der Kooperation (mit dem Staat) zu erzielen als im Ausgangszustand ohne staatliche Beteiligung²⁸: Die Arbeitnehmenden haben den Nutzen von Lebensqualität und längerem Leben (u.U. den Nachteil von tieferem Lohn). Die Arbeitgebenden erreichen mit gesunden Mitarbeitenden eine höhere Produktivität²⁹, und es werden ihnen «gleich lange Spiesse» im Verhältnis zu den Konkurrenten durch den

¹⁹ ARZT GUNTHER, Über den Nutzen der Rechtsunsicherheit, in: recht 2001, S. 166–176, S. 170 ff.; MASTRONARDI, S. 165; REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 101; RICHLI, S. 425 (Daumenregel 12); SEILER, Abschlussbericht, S. 25.

²⁰ Vgl. BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden, Rz. 640 und Modul Verordnung Ziff. 5.2.

²¹ Oben Rz. 23 ff., s. auch oben Rz. 74 FN 60.

²² KOLLER/SCHINDLER, S. 280 f.; REITER, Kündigung, S. 1089; RICHLI, S. 421 und 425 (Daumenregel 4 und 12).

²³ SCHEIDEGGER/PITTELOU, Art. 6 ArG N 8; TSCHUDI u.a., Einleitung, N 70.

²⁴ SCHWEIZER RAINER J., in: Ehrenzeller u.a., SG-Kommentar, Art. 8 BV N 38.

²⁵ UHLMANN/HOFSTETTER, S. 464.

²⁶ Art. 43 ArG und oben Rz. 94.

²⁷ REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 201.

²⁸ WIEDERKEHR RENÉ, Fairness als Legitimation von Staatsaufgaben? in: Caroni Martina u.a. (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen, Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2011, S. 55–69, S. 67.

²⁹ HENDERSON GLOBAL INVESTOR, Less Stress, More Value, Henderson's 2005 Survey of Leading UK Employers, S. 14; MANI, S. 140; WOHLGEMUTH, S. 280 ff.

Staat garantiert (u.U. aber gewisse Wettbewerbsnachteile beim Fehlen von internationalen Arbeitsstandards³⁰).

Insbesondere aus Gründen der **Rechtssicherheit** ist Konkretisierung durch Normierung geboten. Wird die Auslegung – wie heute im psychischen Gesundheitsschutz – weitgehend Vollzugsbehörden oder Gerichten überlassen, haben die Normadressaten eine grosse Unsicherheit und fehlende Gewissheit, wie sie sich rechtskonform verhalten sollen³¹. Ausserdem verstösst es gegen das Prinzip der Gewaltenteilung, wenn die Gesetzgebung im materiellen Sinne in hohem Ausmass der Verwaltung oder der Justiz überlassen wird³². 192

Der Anwalt der Treuhandfirma hat im Leitfall 1 überdies nicht ganz zu Unrecht beanstandet, dass die Verfügung des Arbeitsinspektorats (für die Angestellten eine externe Ansprechstelle bei Konflikten vorzusehen) keine direkte Rechtsgrundlage im ArG oder der ArGV3 hatte. Es erschien ihm stossend, dass sich die Behörde für diese Massnahme lediglich auf eine Empfehlung in der Wegleitung berufen hatte³³. Gemäss Art. 164 Abs. 1 lit. c BV sind Rechte und Pflichten von Personen nämlich «in der **Form des Bundesgesetzes**» zu erlassen. 193

Mit der **Delegation** in Art. 6 Abs. 4 ArG wurde zwar der Erlass auf Verordnungsebene ermöglicht, aber nur bezüglich der Frage «welche *Massnahmen* für den Gesundheitsschutz in den Betrieben zu treffen sind». Dies macht Sinn, denn je nach Art des Betriebes sind andere Interventionen zur Prävention angebracht. Sie können nicht im Gesetz für all die vielen unterschiedlichen Arbeitsplätze geregelt werden. Welche *Belastungen* zu vermeiden bzw. möglichst zu reduzieren sind, ist durch diese Delegationsnorm eigentlich nicht gedeckt. Dass die physischen Belastungen (Licht, Raumklima, Lüftung etc.) in je eigenen Artikeln auf Ebene Verordnung in der ArGV3 behandelt werden, scheint jedoch unangefochten zu sein. Daher kann die Lücke (trotz der genannten Bedenken) bezüglich der psychischen Belastungen analog auf der gleichen Erlassstufe geschlossen werden. 194

C. Empirische Belege

I. ESENER-Studie

Im Rahmen der **Europäischen Unternehmensumfrage** über neue und aufkommende Risiken (European Survey of Enterprises on New and Emerging 195

³⁰ Dazu eingehend FICHTER/ZEUNER, S. 341 ff.; BRUPBACHER, S. 6 f.

³¹ SEILER, Abschlussbericht, S. 23.

³² DEVEAUD-PLÉDRAN, S. 133; REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 199.

³³ Oben Rz. 29 und Rz. 101 ff.

Risks, ESENER) wurden sowohl Unternehmensleitungen als auch Arbeitnehmende, die für Sicherheit und Gesundheitsschutz zuständig sind, über das Management von Risiken für Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz befragt. Dabei lag ein Schwerpunkt auf psychosozialen Risiken, also arbeitsbedingtem Stress, Gewalt und Belästigung. Im Frühjahr 2009 wurden Interviews mit insgesamt 28'649 Unternehmensverantwortlichen und 7'226 Beauftragten für Sicherheit und Gesundheitsschutz in 31 Ländern geführt (27 Mitgliedstaaten der EU sowie Kroatien, Norwegen, Schweiz und Türkei).

- 196 Auf die Frage, was ihr Hauptmotiv sei, sich für Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz zu engagieren, haben 91% der Verantwortlichen in den Betrieben angegeben: «Erfüllung **gesetzlicher Verpflichtungen**»³⁴. In Bezug auf Betriebsgrösse oder Branche bestehen für die Antworten auf diese Frage keine erheblichen Unterschiede. An zweitletzter Stelle steht als Motiv für die Beschäftigung mit Arbeits- und Gesundheitsschutz «Druck von der Arbeitsinspektion» (57%). Hingegen sind «Forderungen der Beschäftigten oder ihrer Vertreter» (76%) und «Forderung von Kunden und Unternehmensimage» (67%) deutlich wichtigere Anreize³⁵. Auffallend ist, dass «wirtschaftliche und leistungsbezogene Gründe» an letzter Stelle von 52% und «Mitarbeiterbindung und Fehlzeitenmanagement» von nur 59% der befragten Betriebe genannt werden³⁶, obwohl man aus der arbeitswissenschaftlichen Literatur und den vielen Motivationsprogrammen den Eindruck gewinnen könnte, dies seien die wichtigsten Triebkräfte.
- 197 Die ESENER-Studie belegt schwarz auf weiss, dass es wirksamer ist, das **rechtliche Instrumentarium** zur Verbesserung des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz zu mobilisieren, als weiterhin die Firmen mit wirtschaftlichen Argumenten zu ködern. Dies geht einher mit einer Tendenz, die Figur des «homo oeconomicus», der sich rational und nutzenmaximierend verhält, in Frage zu stellen³⁷. Erstaunlicherweise nehmen Akteure für Arbeitsschutz in der Schweiz diesen Steilpass nicht auf und ziehen aus dieser Untersuchung den Schluss, man müsse den wirtschaftlichen Nutzen der Prävention künftig noch stärker betonen³⁸, oder sie konzentrieren sich bei der Auswertung der Studie allein auf die Wirksamkeit verschiedener Anreizsysteme³⁹.

³⁴ EU-OSHA, ESENER, S. 51.

³⁵ EU-OSHA, ESENER, S. 51.

³⁶ EU-OSHA, ESENER, S. 51.

³⁷ REHBINDER, Menschenbild, S. 134; RICHLI, S. 353 und 362 f.; ROST NORBERT, Der Homo Oeconomicus – eine Fiktion der Standardökonomie, in: Zs. für Sozialökonomie 158–159/2008, S. 50 f.

³⁸ KRIEGER RALPH, Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz sind (nicht) Chefsache! in: EKAS Mitteilungsblatt, Nr. 71, Januar 2011, S. 24 –27, S. 24.

³⁹ IZA 6/2010, S. 44.

Im Gegensatz zu den Akteuren in der Schweiz haben Fachleute in **anderen Ländern** den Ball aufgenommen oder unabhängig davon erkannt, dass es detailliertere rechtliche Regelungen braucht⁴⁰, denn in vielen Ländern stützt sich der psychische Gesundheitsschutz ebenfalls nur auf Generalklauseln, in denen (wie in der EU-Rahmenrichtlinie) der Schutz der *psychischen* Gesundheit nicht einmal explizit erwähnt wird. In einzelnen Ländern bestehen Vorschriften für Mobbing oder sexuelle Belästigung⁴¹. Diese sind jedoch beschränkt wirksam und vermögen die Prävention von dahinter liegenden Arbeitsbelastungen nicht wirksam zu bekämpfen⁴². Es scheint noch kein Land (auch ausserhalb der EU) zu geben, das psychische Belastungen, die mit der Arbeitsorganisation zusammenhängen, detailliert und umfassend geregelt hat.

Den Umgang mit **psychosozialen Risiken** empfinden gemäss ESENER-Umfrage 42% der Arbeitgebenden schwieriger im Vergleich mit anderen Angelegenheiten im Zusammenhang mit Sicherheit und Gesundheitsschutz⁴³. Die wichtigsten Faktoren, die den Umgang mit psychosozialen Risiken besonders erschweren, sind die «Brisanz des Themas» (EU-27: 53%; CH: 44%), «fehlendes Bewusstsein» (50%; 42%), «fehlende Ressourcen wie Zeit, Personal oder Mittel» (49%; 50%) und «fehlende Ausbildung» (49%; 50%). Die empfundene «Brisanz des Themas» stellt in grossen Betrieben häufiger ein Problem dar, ebenso wie «Probleme im Zusammenhang mit der Betriebskultur». Es ist anzunehmen, dass eine Konkretisierung der Rechtspflichten im psychischen Arbeitsschutz den Umgang mit psychosozialen Risiken für die Unternehmen erleichtert und zu einer Bewusstseinsförderung beiträgt⁴⁴.

II. Sozialwissenschaft

Sozialpsychologie und Rechtssoziologie haben sich u.a. damit befasst, wie Normadressaten auf bestimmte Rechtsnormen reagieren. Daraus lässt sich ableiten, wie diese ausgestaltet sein müssen, um die erwünschte **Wirkung** zu erzielen⁴⁵. Hier geht es um die Frage: Wie können Verantwortliche in den

⁴⁰ MEYN, S. 89; KOHTE, S. 18 ff.

⁴¹ S. unten Rz. 193. Einen Überblick geben auch LIPPEL/QUINLAIN, S. 543 f.

⁴² HOEL/EINARSEN, S. 36; LIPPEL/QUINLAIN, S. 544.

⁴³ EU-OSHA, ESENER, S. 58.

⁴⁴ Ähnlich auch EU-PARLAMENT, S. 30. Zum Wissensstand in deutschen KMUs: SCZESNY CORDULA/KEINDORF SOPHIE/DROSS PATRICK, Kenntnisstand von Unternehmen auf dem Gebiet des Arbeits- und Gesundheitsschutzes in KMU. Ergebnisse einer repräsentativen Befragung von Inhaber/innen/Geschäftsführer/innen in Klein- und Kleinstunternehmen, Dortmund 2011 (auf www.baua.de).

⁴⁵ Gegenüber der «Service-Funktion» der Rechtssoziologie werden allerdings zunehmend Vorbehalte angebracht (KUNZ, S. 132).

Betrieben dazu gebracht werden, dass sie dem Schutz der psychischen Gesundheit ihrer Beschäftigten zu mehr Nachachtung verhelfen?

- 201 Die Sozialpsychologie hat den Zusammenhang zwischen **Einstellung und Verhalten** untersucht. Es wird häufig betont, dass die Akzeptanz des Norminhaltes zur Befolgung von Rechtsnormen verhilft⁴⁶, was ja ohne weiteres einleuchtet. Empirische Studien haben andererseits gezeigt, dass die Bewertung eines Verhaltens durch eine Rechtsnorm selber wiederum die individuelle Einstellung beeinflusst⁴⁷. Allein die Tatsache, dass ein Sachverhalt gesetzlich normiert ist, motiviert zu entsprechendem Verhalten⁴⁸ und nimmt Einfluss auf die Einstellung⁴⁹. Auch dies ist gut nachvollziehbar⁵⁰ und kommt bei denjenigen Unternehmen zum Ausdruck, die Wert auf Compliance legen.
- 202 Die angedrohten **Sanktionen** beeinflussen die Befolgung der Normen ebenfalls⁵¹, wobei sie genügend stark sein müssen, um das Verhalten zu beeinflussen⁵². Auch die Sanktionswahrscheinlichkeit wird in die Planung des Verhaltens einbezogen⁵³. Laut dem Nobelpreisträger GARY S. BECKER lässt sich wirksame Abschreckung nur erzielen, wenn das Produkt aus der erwarteten Sanktion (Busse, Strafe), multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit der Entdeckung und Vollstreckung der Sanktion, grösser ist als der Nutzen des Rechtsbruchs⁵⁴. Soll jedoch eine *nachhaltige* Veränderung der Einstellung erreicht werden, dürfen Sanktionen nicht übermässig negativ oder positiv sein⁵⁵.
- 203 Verhaltenssteuerung erfolgt aber auch auf einer tieferen Ebene: es kommt darauf an, ob die **Bezugsgruppe** eine Befolgung der Norm erwartet oder nicht⁵⁶. Wenn es für Firmen normal ist, Gesundheitsschutz ernst zu nehmen und ein entsprechender Konformitätsdruck besteht, werden rechtliche Vorgaben eher befolgt. Insofern kann die Verbreitung des Betrieblichen Gesundheitsmanagements die Befolgung der rechtlichen Schutzvorschriften fördern. Rechtlicher Zwang kann nur durchgesetzt werden, wenn eine Verhaltens-

⁴⁶ NOLL, S. 59; RICHLI, S. 386; REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 205.

⁴⁷ BAEHR, S. 44.

⁴⁸ BAEHR, S. 48; REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 116.

⁴⁹ BAEHR, S. 53.

⁵⁰ HAFEN, Grundlagen, S. 223.

⁵¹ GÄCHTER/VOLLENWEIDER, Rz. 186; REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 115.

⁵² BAEHR, S. 46.

⁵³ BAEHR, S. 53.

⁵⁴ BECKER GARY S., Crime and Punishment – An Economic Approach, Journal of Political Economy, 76/2, 1968, S. 169–217, S. 207 f.

⁵⁵ BURCH, S. 241; BAEHR, S. 47.

⁵⁶ BAEHR, S. 54; BÜLLESBACH, Sozialwissenschaft, S. 410; NEUHAUS, S. 191 ff.; NOLL, S. 59; REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 116.

erwartung eine gewisse Akzeptanz und Beständigkeit in der Gesellschaft erreicht hat⁵⁷.

Besteht eine Rechtsnorm, wird das darin geforderte Verhalten nicht nur auf dem Rechtsweg durchgesetzt, sondern bietet die Rechtfertigung und Grundlage auch für die **soziale Durchsetzung**⁵⁸: Arbeitnehmende können z.B. fehlende Sonnenstoren beanstanden und ihre Vorgesetzten darauf hinweisen, dass ihnen gemäss Art. 20 ArGV3 Schutz vor übermässiger Sonneneinstrahlung zusteht, ohne dass sich daraus ein eigentlicher Rechtsstreit entwickeln muss.

Diese Wirkungen sind besser zu erreichen, wenn das rechtlich erwünschte Verhalten möglichst **präzise beschrieben** wird⁵⁹ und sich die Adressaten möglichst direkt «angesprochen» fühlen⁶⁰. Dies ist bei der Gesundheitsprävention am Arbeitsplatz eine Herausforderung, denn die Adressaten (Arbeitgebende) sind nicht zugleich diejenigen, um die es letztlich geht (Arbeitnehmende)⁶¹. Bei rechtlichen Botschaften ist ausserdem zu beachten, dass die Verarbeitungskapazität von Informationen beschränkt ist, was wiederum für eine Reduktion der Komplexität spricht⁶². Die Erfahrungen mit komplexen Phänomenen zeigen, dass eigentlich Betroffene darauf meist mit Zuwarten reagieren. Das gilt vor allem, wenn die Adressaten von einem Problem nicht unmittelbar, sondern höchstens indirekt betroffen sind⁶³. Dies könnte eine Erklärung dafür sein, dass der Schutz der psychischen Gesundheit in den Unternehmen einen geringeren Stellenwert hat als die Unfallverhütung und ergonomische Umstände⁶⁴.

Die psychischen Belastungen am Arbeitsplatz sind vielfältig und hängen zum Teil miteinander zusammen (z.B. Konflikte als Folge von Hektik oder von unklaren, ungerechten Strukturen oder Praktiken)⁶⁵. Aus diesem Grund ist es wichtig, das **ganze Spektrum psychischer Belastungen** möglichst präzise zu normieren. Die langen Erfahrungen in Schweden zeigen nämlich, dass mangels anderer Rechtsgrundlagen Mobbing als «general waste-bin for all kinds of problems» herhalten musste⁶⁶ und mit dieser selektiven Normierung von

⁵⁷ KUNZ, S. 133.

⁵⁸ BAEHR, S. 48.

⁵⁹ MASTRONARDI, S. 183.

⁶⁰ BAEHR, S. 59; LEPPIN, S. 38; UHLMANN/HOFSTETTER, S. 468 f.

⁶¹ HAFEN, Zukunftsbeeinflussung, S. 41.

⁶² BAEHR, S. 63; REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 126.

⁶³ HAFEN, Zukunftsbeeinflussung, S. 41.

⁶⁴ OECD, S. 66.

⁶⁵ RAEDER/GROTE, S. 33; SECO, Mobbing, S. 57.

⁶⁶ Dies gilt auch für Frankreich: HIRIGOYEN, S. 17.

ausschliesslich Mobbing falsche Erwartungen geweckt wurden⁶⁷. Die Vielfalt der Arbeitsbelastungen soll daher gesetzlich möglichst konkret abgebildet werden⁶⁸.

D. Zwischenstand

- 207 In Analogie zu anderen Rechtsbereichen, insbesondere zum physischen Gesundheitsschutz ist nicht länger zu vertreten, dass die psychischen Gesundheitsrisiken nur eine generelle Berücksichtigung in den Rechtsnormen gefunden haben. Es gibt verschiedene Hinweise, dass eine **Konkretisierung durch die Rechtsetzung** zu einer Erhöhung des Schutzniveaus führen kann⁶⁹.
- 208 Psychische Risiken zu reduzieren wird von verschiedenen Akteuren als **komplex und heikel** empfunden. Da will man sich besser die Finger nicht verbrennen und wartet lieber einmal zu. Wenn es gelingen sollte, das als komplex wahrgenommene Phänomen psychischer Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz rechtssatzmässig präziser zu erfassen, und zwar so, dass sich die Verantwortlichen angesprochen fühlen, könnte dieser Zustand möglicherweise überwunden werden.
- 209 Im Wissen darum, dass das Vorhaben eigentlich Interdisziplinarität erforderte, wird im Folgenden im rechtswissenschaftlichen «Alleingang»⁷⁰ der **Versuch** gewagt, die Komplexität zu reduzieren, indem das Problem ergebnisoffen in seine einzelnen Teile zerlegt und in ein System gebracht wird⁷¹. Der juristische Sachverstand reicht für sich allein dafür nicht aus⁷². Es ist nötig das ausserrechtliche Wissen von Medizin, Soziologie und Arbeitswissenschaft einzubeziehen auf die Gefahr hin, dass der fehlende Sachverstand der Verfasserin in diesen Disziplinen erkennbar wird. Um über die Kritik des Bestehenden (das «notwendige Vorstadium» der Normsetzung⁷³) hinaus zu kommen, werden Vorschläge zu einer Ergänzung der bestehenden Rechtsgrundlagen ausformuliert und so zur Diskussion gestellt. Sie finden sich im Überblick im Anhang B⁷⁴.

⁶⁷ HOEL/EINARSEN, S. 36.

⁶⁸ HOEL/EINARSEN, S. 46.

⁶⁹ FUNK, S. 63; KOHTE, S. 11 ff; LIPPEL/QUINLAIN, S. 544.

⁷⁰ RICHLI, S. 12.

⁷¹ BÜLLESBACH, Systemtheorie, S. 441.

⁷² RICHLI, S. 410.

⁷³ NOLL, S. 54.

⁷⁴ Unten S. 307 ff.

§ 2 Schutzziel

A. Risiko

Wer immer Prävention betreiben will, muss am anderen Ende beginnen und sich klar darüber werden, welches das **zu verhindernde Problem** ist¹. Bei der Prävention liegt ja der Anlass für die Interventionsversuche in der Zukunft; erst dann schweift der Blick auf die Gegenwart, und man schaut, was getan werden kann, um das Eintreten des Risikos zu verhindern². Dafür ist dann aber auch noch ein Blick in die Vergangenheit nötig, um aufgrund der Erfahrungen zu erkennen, welche Faktoren negativ auf das Problem einwirken.

Ähnliche Überlegungen liegen dem **Risikomanagement** zu Grunde. Auch hier geht es zunächst einmal um die Ermittlung des Risikos, also des Zustandes, der bei ungehindertem Ablauf des Geschehens möglicherweise eine unerwünschte Folge hat³. In einem weiteren Schritt werden die (Rest-)Risiken bewertet, um sie danach durch präventive Massnahmen zu reduzieren⁴. Erweist sich dies als unmöglich, ist zu entscheiden, ob ihre Folgen (Schäden) selber getragen oder transferiert werden⁵.

Mit der Wahl des Begriffs «**Risiko**»⁶ statt «Gefahr» bringt man zum Ausdruck, dass sich das künftige Problem durch menschliches Zutun beeinflussen lässt. Gefahren (z.B. einem Meteoriten) sind wir Menschen hingegen schutzlos ausgeliefert⁷.

Der Begriff der «**Gefahr**» ist im 19. Jahrhundert zu einem zentralen Begriff des Polizeirechts geworden und bezeichnet dort die Beeinträchtigung eines polizeilich geschützten Rechtsgutes⁸. So verstand sich auch die Arbeitsmedizin in ihren Anfängen als «Wissenschaft von der Gefahr»⁹. Der Begriff der

¹ HAFEN, Grundlagen, S. 63.

² HAFEN, Zukunftsbeeinflussung, S. 38.

³ ERRASS, Risiko, S. 26.

⁴ KOLLER/SCHINDLER, S. 282 ff.; SEILER, Abschlussbericht, S. 16 f.

⁵ SEILER, Abschlussbericht, S. 17. Zur «Risikoforschung» in der Arbeitsmedizin: LENGWILER, S. 157.

⁶ Zur Geschichte dieses Begriffes: NOBEL, S. 8 ff.

⁷ Diese Unterscheidung geht auf NIKLAS LUHMANN zurück (LUHMANN NIKLAS, Die Moral des Risikos und das Risiko der Moral, in: Gotthard Bechmann (Hrsg.), Risiko und Gesellschaft – Grundlagen und Ergebnisse interdisziplinärer Risikoforschung, Opladen 1993). ERRASS, Risiko, S. 29; HAFEN, Grundlagen, S. 65.

⁸ SEILER, Abschlussbericht, S. 16.

⁹ LENGWILER, S. 152.

«Gefahr» bezeichnet hier eine Lage, welche ohne polizeiliches Eingreifen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Beeinträchtigung eines polizeilich geschützten Rechtsgutes führen würde¹⁰. Was oberhalb der «Gefahrschwelle» liegt, d.h. eine Schädigung, die «wahrscheinlich» (im Gegensatz zu «unwahrscheinlich») ist, muss polizeilich abgewehrt werden¹¹. Das Begriffsverständnis von «Polizei» hat sich allerdings im Lauf der Jahrhunderte gewandelt¹². Mitte des 19. Jahrhunderts war offen, ob die Aufgabe des Staates und seiner Polizei sich lediglich auf die Gewährleistung von Sicherheit beschränken soll, oder ob sie darüber hinaus auf die Erlangung und Sicherung von materiellem Wohlstand zu richten ist¹³.

- 214 Bei der gesetzlichen Gesundheitsvorsorge ist die Risikoermittlung im Vergleich zu anderen Präventionsaufgaben (wie z.B. Umweltschutz oder Gewaltprävention) einfach und komplex zugleich. Einfach ist es, weil das **Schutzziel** bereits klar benannt ist: die Verfassung verlangt in Art. 110 Abs. 1 lit. a BV den «Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer» und Art. 6 ArG ergänzt, dass es um den Schutz ihrer «Gesundheit» und ihrer «persönlichen Integrität» geht. Damit ist das Feld für den Arbeitsschutz abgesteckt. Allerdings sind diese Schutzziele auslegungsbedürftig, was die Risikoermittlung im Einzelnen dann wieder erschwert.

B. Gesundheit

I. Begriff

- 215 Die IAO umschreibt im Übereinkommen Nr. 155¹⁴ das Präventionsziel des Arbeitsschutzes mit «Gesundheit»¹⁵. Der **Begriff** bedeutet laut Art. 3 dieses Übereinkommens
- nicht nur das Freisein von Krankheit oder Gebrechen, sondern umfasst auch die physischen und geistig-seelischen Faktoren, die sich auf die Gesundheit auswirken und die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Sicherheit und der Gesundheit bei der Arbeit bestehen.
- 216 Dies deckt sich mit der Präzisierung in Art. 2 Abs. 1 ArGV3, wonach Arbeitgebende gleichermassen «physische und **psychische Gesundheit**» der Beschäftigten gewährleisten müssen¹⁶. Die Gleichwertigkeit von physischer und

¹⁰ SEILER, Abschlussbericht, S. 16.

¹¹ SEILER, Abschlussbericht, S. 19 f.

¹² Eingehend dazu REICH, Rz. 690 ff.

¹³ REICH, Rz. 692.

¹⁴ Dieses Übereinkommen ist von der Schweiz nicht ratifiziert; s. oben Rz. 140.

¹⁵ Auch VON TROTHA, S. 159 plädiert dafür, auf diesen Gesundheitsbegriff abzustellen.

¹⁶ So auch BGer vom 12. 11 2009 6B_536/2009, E. 3.3.2; GALLI, S. 8.

geistiger Unversehrtheit findet ihre Grundlage schon in Art. 10 Abs. 2 BV¹⁷. Noch deutlicher ist die Formulierung in Art. 8 Abs. 2 BV, welche körperliche, geistige und psychische Behinderung als gleichwertig nennt (bezüglich Diskriminierungsschutz)¹⁸. Es gibt also im psychischen Bereich kein «arbeitnehmerschutzrechtliches Niemandsland»¹⁹. Dennoch lässt sich nachweisen, dass der Schutz der physischen Gesundheit heute immer noch stärker beachtet wird, als der Schutz der psychischen Gesundheit²⁰.

Was bedeutet nun aber die Einschränkung, das Ziel der Prävention sei «nicht nur das Freisein von Krankheit»? Diese Formulierung nimmt die WHO-Definition des Gesundheitsbegriffs von 1946 auf²¹. Mit der Ottawa-Charta von 1986 wurde er noch dahingehend verdeutlicht, dass gesund sein «als ein Zustand vollständigen körperlichen, geistig-seelischen und sozialen **Wohlbefindens**» zu verstehen ist²². Diese Definition ist gesundheitspolitisch motiviert. Es ging darum, «allen Menschen ein höheres Mass an Selbstbestimmung über ihre Gesundheit zu ermöglichen und sie damit zur Stärkung ihrer Gesundheit zu befähigen»²³. Für die Arbeitspsychologie ist dieses Begriffsverständnis bestimmend, denn auch hier soll es weniger darum gehen, Krankheitsrisiken zu vermeiden (Pathogenese²⁴), sondern um die Frage, wie die Humanressourcen eines Unternehmens gefördert und die Gesundheit der Mitarbeitenden erhalten werden können (Salutogenese)²⁵. An der WHO-Definition ist ohnehin mit MARTIN HAFEN zu kritisieren, dass auch kranke Menschen sich wohl fühlen können und unklar ist, ob Wohlbefinden ein Symptom von Gesundheit oder ein Einflussfaktor darauf ist²⁶.

Für die arbeitsrechtliche Prävention hingegen ist dieses Verständnis des Begriffs Gesundheit weder hilfreich noch erforderlich. Auf den Begriff «Wohlbefinden» kann nämlich verzichtet werden, wenn Gesundheit und Krankheit gemäss AARON ANTONOVSKY als ein **Kontinuum** verstanden werden²⁷. Gesundheit kann danach immer nur mit Referenz auf die An- und Abwesenheit

¹⁷ BAUMANN, S. 17.

¹⁸ Dazu auch KIESER, Art. 3 ATSG N 11.

¹⁹ BEER, SJZ 1984, S. 91.

²⁰ OECD, S. 66.

²¹ OPPOLZER, S. 54.

²² Zum Wandel der Gesundheitsbegriffe: HAFEN, Grundlagen, S. 107 ff.

²³ Ottawa Charter for Health Promotion vom 21.11.1986 (www.who.int).

²⁴ D.h. im Vordergrund stehen Entstehung und Entwicklung einer *Krankheit* (griech. πάθος, pathos = Leiden). Pathogenese ist der Gegenbegriff zu Salutogenese (von lat. salus für Gesundheit).

²⁵ ANTONOVSKY, S. 29 f.; ULICH, Arbeitspsychologie, S. 495; WIELAND/WINIZUK/HAMMES, S. 283.

²⁶ HAFEN, Grundlagen, S. 89; HAFEN, Zukunftsbeeinflussung, S. 22.

²⁷ ANTONOVSKY, S. 22 f.

von Krankheiten (bzw. Verletzungen) definiert werden²⁸. Beide Phänomene lassen sich durch Symptome beobachten und bedingen sich wechselseitig²⁹. Gesundheitsschutz ist begriffsnotwendig gleichzeitig Krankheitsverhütung (bzw. Unfallverhütung). Gesundheit lässt sich nach dieser Sichtweise nur als Nicht-Krankheit beschreiben, als einen Zustand, der beim Eintreten der Krankheit mit der Behandlung wiederhergestellt oder durch Prävention erhalten werden soll, solange die Krankheit noch nicht aufgetreten ist³⁰.

- 219 Ziel der Prävention ist eine möglichst **geringe Wahrscheinlichkeit** einer Erkrankung, was gleichzeitig möglichst weitgehenden Erhalt der Gesundheit bedeutet³¹. Dies klingt auch in Art. 6 Abs. 2 ArG an, wonach «Gesundheitsgefährdung und Überbeanspruchung» zu vermeiden sind³². Und dies meint auch das Bundesgericht, wenn es sagt, hier müsse Gesundheit in einem weiten Sinne verstanden werden, der Begriff Gesundheit im Sinne von Art. 6 ArG erfasse auch das «Wohlbefinden überhaupt»³³.
- 220 Beim **Gesundheitsschutz** am Arbeitsplatz geht es seit jeher um die Leitfrage «Was macht krank?»³⁴. Das durch Gesundheitsvorsorge zu verhindernde Problem ist die Wahrscheinlichkeit einer Erkrankung durch Umstände am Arbeitsplatz. Sie ist so gering wie möglich halten. Auf welchem Punkt des Kontinuums von Gesundheit und Krankheit dann durch Präventionsmassnahmen interveniert wird, ist eine andere Frage³⁵. Eine andere Frage ist auch, mit welchen Strategien und Methoden interveniert wird³⁶.
- 221 Der Rechtsbegriff **Krankheit** unterscheidet sich vom behandlungsorientierten medizinischen Begriff³⁷. Er ist im rechtlichen Kontext ein Abgrenzungsbegriff³⁸. Er dient dazu, Leistungspflichten von (Sozial-)Versicherungen zu umschreiben³⁹. Als Krankheit gilt laut Art. 3 ATSG sodann

²⁸ HAFEN, Zukunftsbeeinflussung, S. 23.

²⁹ HAFEN, Zukunftsbeeinflussung, S. 23; SCHWENDENER, S. 55 f.

³⁰ HAFEN, Grundlagen, S. 89.

³¹ GÄCHTER/VOLLENWEIDER, Rz. 178.

³² Bis zum Erlass des Umweltschutzgesetzes hatten Arbeitgebende aufgrund Art. 6 ArG noch Massnahmen zu treffen «zum Schutze der Umgebung des Betriebes vor schädlichen und lästigen Einwirkungen». Interessanterweise waren da schon «lästige» und nicht erst gesundheitsgefährdende Emissionen das Schutzziel (BEER, SJJ 1984, S. 90).

³³ BGer vom 12. 1.2009 6B_536/2009, E. 3.3.2; so auch AUBRY GIRARDIN, Rz. 36.

³⁴ OPPOLZER, S. 68.

³⁵ Dazu unten Rz. 446 ff.

³⁶ Dazu unten Rz. 456 ff.

³⁷ KIESER, Art. 3 ATSG N 8; SCHWENDENER, S. 35.

³⁸ GÄCHTER/VOLLENWEIDER, Rz. 178.

³⁹ KIESER, Art. 3 ATSG N 4; SCHWENDENER, S. 90.

jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.

Damit wird definiert, dass eine Beeinträchtigung der Gesundheit erst dann zu Leistungen berechtigt, wenn sie eine gewisse Intensität (Krankheitswert⁴⁰) angenommen hat, sich mithin durch Behandlungsbedürftigkeit oder Arbeitsunfähigkeit manifestiert⁴¹.

Da es bei der arbeitsrechtlichen Prävention darum geht, die Wahrscheinlichkeit einer Erkrankung zu reduzieren, spricht nichts dagegen, bei der Beschreibung des zu verhindernden Problems von **demselden Krankheitsbegriff** auszugehen. Nicht gerechtfertigt wäre es hingegen, nur den sehr viel eingeschränkteren Rechtsbegriff der «Berufskrankheit»⁴² zur Umschreibung des zu verhindernden Problems zu verwenden⁴³. Der Anwendungsbereich des ArGs geht eben gerade weiter als derjenige des UVGs⁴⁴. 222

Präventionsmassnahmen sollen (um möglichst wirksam zu sein) das Problem «an der Wurzel bekämpfen»⁴⁵, d.h. in einem **frühen Stadium** angehen, also schon bei einem geringen Wahrscheinlichkeitsgrad einer Erkrankung⁴⁶. Das ist wohl gemeint, wenn bei präventiven Massnahmen von einem weiteren Begriff der Krankheit auszugehen sei als im Leistungsrecht⁴⁷. 223

II. Beeinträchtigungen der Gesundheit

Bei der vorliegenden Untersuchung geht es um die Verhinderung **psychischer Einwirkungen** auf die Arbeitnehmenden. Solche Einwirkungen können psychische Beschwerden zur Folge haben. Sie können aber auch psycho- 224

⁴⁰ SCHWENDENER, S. 110 f.

⁴¹ KIESER, Art. 3 ATSG N 13; SCHWENDENER, S. 105 ff. Ausnahmsweise können aufgrund einzelgesetzlicher Bestimmungen wie Art. 26 KVG in engem Rahmen Massnahmen der medizinischen Prävention zu erbringen sein.

⁴² Dazu unten Rz. 824.

⁴³ HUG, Kommentar, Art. 6 ArG N 11.

⁴⁴ LETSCH, Rz. 114; SCHEIDEGGER/PITTELOU, Art. 6 ArG N 36.

⁴⁵ SECO, Wegleitung zu Art. 2 ArGV3, S. 302-1.

⁴⁶ Dazu unten Rz. 446 ff.

⁴⁷ KIESER, Art. 3 ATSG N 4.

somatische Erkrankungen⁴⁸ und Suchterkrankungen⁴⁹ bewirken, ausserdem das Unfallrisiko erhöhen⁵⁰, oder gar als Todesursache gelten⁵¹.

- 225 Die ersten Untersuchungen «Über die Wechselbeziehungen zwischen psychischen und **vegetativen Funktionen**» gehen auf den schweizerischen Nobelpreisträger ROBERT WALTER HESS zurück⁵². Auf dieser Grundlage beruhte die Forschung von HANS SELYE, welcher das Phänomen Stress und seine körperlichen Folgen 1936 als erster beschrieb⁵³. Schwedische Forschungsgruppen konnten in den 1980-er Jahren den Einfluss von Arbeitsbedingungen auf physiologische Veränderungen nachweisen⁵⁴.
- 226 Bei **Muskel-Skeletterkrankungen** wird ein Zusammenhang zu psychischen Belastungen vermutet, konnte im Einzelnen jedoch nicht kausal nachgewiesen werden⁵⁵. Ein Drittel der Rückenerkrankungen werden von den Betroffenen in der Schweiz auf die Arbeitssituation zurückgeführt, wobei physische und psychische Einwirkungen dafür verantwortlich gemacht werden⁵⁶.
- 227 Umgekehrt können sich **körperliche Belastungen** nicht nur körperlich, sondern auch in psychischen Beschwerden äussern, wie eine Untersuchung der Gründe für Berentungen aus psychischen Entwicklungsstörungen («Gebrechenscode 646») ergab⁵⁷. Einen Zusammenhang zwischen körperlichen Belastungen und psychischer Gesundheit belegt auch eine Studie des SECOs⁵⁸.
- 228 Mit der Reduktion psychischer Belastungen an den Arbeitsplätzen sollen insbesondere **psychische Beschwerden** verhindert werden. Seit zwanzig Jahren wird in der Medizin nicht mehr von psychischen Krankheiten, sondern von psychischen Störungen gesprochen, um das damit verbundene Stigma zu vermeiden⁵⁹. Psychische Störungen liegen vor, wenn Erkrankte langfristig oder dauernd bestimmte Funktionen oder Rollen nicht so ausüben können,

⁴⁸ GREBNER u.a., S. 7; OPPOLZER, S. 80 ff.; PORTMANN, Stresshaftung, S. 3; UDRIS, S. 88 f.; VANIS/KÄLIN, S. 29; SECO, Anhang Wegleitung zu Art. 2 ArGV3, S. 302-C.

⁴⁹ HEILMANN/HAGE, S. 673.

⁵⁰ OPPOLZER, S. 88.

⁵¹ TIESTE, Überarbeitung, S. 23 (insbesondere zu diesem Phänomen des Karôshi in Japan).

⁵² HESS WALTER R., Über die Wechselbeziehungen zwischen psychischen und vegetativen Funktionen, in: Neurologische und psychiatrische Abhandlungen, Heft 2 1925.

⁵³ SELYE HANS, A Syndrome produced by diverse nocuous agents, in: Nature, 138/1936, S. 32.

⁵⁴ THEORELL, S. 20 f.

⁵⁵ LÄUBLI/MÜLLER, S. 4 und 28; OPPOLZER, S. 87; RICHTER/NEBEL/WOLF, S. 270.

⁵⁶ LÄUBLI/MÜLLER, S. 28

⁵⁷ BAER/FRICK/FASEL, S. 54.

⁵⁸ LÄUBLI/MÜLLER, S. 16.

⁵⁹ HEILMANN/HAGE, S. 674.

wie ihre Umwelt (Familie, Arbeitgeberinnen, Kollegen etc.) dies von ihnen erwartet⁶⁰.

Die **Diagnose** psychischer Störungen stellt die Medizin vor (noch) grössere 229
Probleme als die Diagnose somatischer Erkrankungen⁶¹, denn es ist schwierig, eine objektive Antwort zu geben auf die Frage, wann psychische Symptome oder «abweichendes Verhalten» Krankheitswert hat, da es relativ wenig verlässliche Methoden der psychiatrischen Exploration gibt⁶² oder deren Anwendung sehr anspruchsvoll ist⁶³. Was eine psychische Störung ist, hängt zudem (stärker als bei körperlichen Krankheiten) von gesellschaftlichen Normen ab⁶⁴. Ärztinnen und Ärzte stützen sich für die Bezeichnung der Störungen auf ICD-10⁶⁵ und auf DSM⁶⁶. Dass selbst Fachleute bisweilen Schwierigkeiten haben, psychische Erkrankungen zu erkennen, strahlt wahrscheinlich auf die (heute mangelnde) Prävention psychischer Risiken aus. Selbst wenn das zu verhindernde Problem diagnostisch schwierig zu fassen ist, muss dies freilich noch nicht heissen, dass psychische Belastungen am Arbeitsplatz nicht erkannt und reduziert werden können.

Psychische Erkrankungen zu verhindern hat eine grosse **Bedeutung**, wenn 230
man bedenkt, dass psychische Krankheiten die häufigste krankheitsbedingte Invaliditätsursache sind (2011: 49,2%⁶⁷). Die Zahl der Personen, die wegen psychischer Erkrankungen eine Invaliditätsrente bezogen, ist in den letzten zehn Jahren stärker gestiegen, als bei allen anderen Invaliditätsgründen⁶⁸. In gewissen Berufen, wie z.B. Lehrpersonen, gelten 10 bis 30% der Arbeitnehmenden als «ausgebrannt»⁶⁹.

Nicht nur Erkrankungen, auch **Suizide** sind ein Problem, das es durch Präven- 231
tion zu verhindern gilt⁷⁰. Dies ist bei der hohen Suizidrate in der Schweiz von

⁶⁰ HEILMANN/HAGE, S. 674.

⁶¹ CONNE RUDOLF, Zur Qualität versicherungspsychiatrischer Gutachten, in: SZS 4/2009, S. 390–396, S. 392 f.

⁶² HEILMANN/HAGE, S. 674.

⁶³ SCHWARZENBACH FELIX, Nicht jede Tätigkeit stellt die gleichen Anforderungen an die psychischen Fähigkeiten! in: SZS 2010, S. 317–333, S. 324 f.

⁶⁴ ISPMZ, S. 10 f.

⁶⁵ International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (www.dimdi.de).

⁶⁶ Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, für welches 2013 eine fünfte Version erscheint. (www.dsm5.org).

⁶⁷ Bundesamt für Sozialversicherungen (Hrsg.), IV-Statistik 2011, Bern 2012 S. 32; SCHULER/BURLA, S. 67.

⁶⁸ Bundesamt für Sozialversicherungen (Hrsg.), IV-Statistik 2011, Bern 2012 S. 23.

⁶⁹ DEMEROUTI, S. 54; KUNZ HEIM/NIDO, S. 24 ff.

⁷⁰ WENNUBST, S. VIII m.w.H.

Bedeutung⁷¹. Wie viele dieser Suizide mit Arbeitsbedingungen zusammenhängen, wird in den meisten europäischen Ländern inklusive der Schweiz statistisch freilich nicht erhoben⁷². Anders ist dies in Japan: Suizid infolge einer Depression aufgrund von Überarbeitung und Stress am Arbeitsplatz wird dort mit einem eigenen Begriff («Karojisatsu») bezeichnet⁷³, und Suizide werden systematisch daraufhin untersucht, inwieweit sie auf arbeitsbedingte Ursachen zurückzuführen sind⁷⁴. Wird ein Suizid als arbeitsbedingte Todesursache anerkannt, müssen die Hinterbliebenen wie bei einem Unfall entschädigt werden⁷⁵. Auch eine Häufung von Selbstmorden in französischen Grosskonzernen wurde auf die Arbeitsbedingungen zurückgeführt⁷⁶ und veranlasste z.B. im Falle von France Télécom die Arbeitsinspektorin zu beherztem Einschreiten⁷⁷. Das Bundesland Bayern musste für die Folgen des Suizids einer Polizeibeamtin wegen fortgesetzten Mobblings durch den Vorgesetzten haften⁷⁸.

C. Persönliche Integrität

I. Begriff

- 232 Neben dem zu schützenden Rechtsgut Gesundheit nennt Art. 6 Abs. 1 ArG die persönliche Integrität. Diese beiden Schutzgüter stehen in einem engen **gegenseitigen Bezug**⁷⁹: Die persönliche Integrität kann man als Oberbegriff verstehen, der neben Aspekten wie Ehre, Privatsphäre auch die physische und

⁷¹ SCHULER/BURLA, S. 72. Bei den 15–44-Jährigen gingen 2009 rund ein Fünftel der Todesfälle auf Suizid zurück (23,2% Männer und 16,8% Frauen, und Suizide sind bei dieser Altersklasse die zweithäufigste Todesursache (SCHULER/BURLA, S. 70; Bundesamt für Statistik, Todesursachenstatistik; www.bfs.admin.ch).

⁷² RAU, S. 68 FN 8.

⁷³ OPPOLZER, S. 94; TIESTE, Überarbeitung, S. 95 ff.

⁷⁴ Von 32'155 Menschen, die sich 2006 das Leben nahmen, wird geschätzt, dass 5'000 als Karojisatsu gelten können (RAU, S. 68).

⁷⁵ Im Jahr 2007 wurden in 66 Fällen entsprechende Versicherungsleistungen ausgerichtet (Japan Labor Flash No. 85/2007; OPPOLZER, S. 94).

⁷⁶ OPPOLZER, S. 95; RAU, S. 67 f. Für Frankreich wird angenommen, dass sich pro Jahr bei knapp 11'000 Selbstmordfällen 300 bis 400 Menschen aufgrund von Arbeitsüberlastung umbringen (www2.cnrs.fr/presse/journal/2198.html).

⁷⁷ Schreiben der Arbeitsinspektorin an den Vorsitzenden von France Télécom (2008), abgedruckt in KOHTE, S. 33 ff.

⁷⁸ BGH vom 1.8.2002, III ZR 277/01 (NJW 2002, S. 3172); PODEHL, S. 2091.

⁷⁹ Sinngemäss PORTMANN, Stresshaftung, S. 4.

psychische Integrität (Gesundheit) enthält⁸⁰. Verletzungen der persönlichen Integrität können sich andererseits negativ auf die psychische oder physische Gesundheit auswirken. Mit einer Verletzung der persönlichen Integrität ist dieses Rechtsgut verletzt und steigt gleichzeitig die Wahrscheinlichkeit einer Verletzung des Schutzobjekts Gesundheit⁸¹.

Es geht bei der persönlichen Integrität also um einen **eigenen Schutzbereich**, 233 der im Gesetz besonders erwähnt ist und auch vom Schutzobjekt Gesundheit getrennt zu betrachten ist⁸². Arbeitsbedingungen, die aus Optik des Gesundheitsschutzes vielleicht zumutbar wären, können persönlichkeitsverletzend sein, wenn sie z.B. auf einer ungerechtfertigten Verschlechterung gegenüber dem früheren Niveau im gleichen Arbeitsverhältnis beruhen. Ungleichbehandlungen, die Ausdruck von Schikane oder Geringschätzung sind, verletzen die persönliche Integrität, ohne dass eine Beeinträchtigung der Gesundheit vorliegen muss⁸³. Dies kann auch der Fall sein bei Lohnreduktionen, Degradierungen, Versetzungen oder Einschränkungen des Tätigkeitsbereichs, die keine markt- oder betriebsbedingten Gründe haben⁸⁴.

Im Zuge der Revision des ArGs wurde der frühere Begriff «Wahrung der Sittlichkeit» ersetzt durch den weiteren Begriff der **«persönlichen Integrität»**, wobei der Bundesrat ausdrücklich festhielt, dass dieser Begriff auch den Schutz vor sexueller Belästigung umfasst. Weiter umschrieb der Bundesrat den Schutzbereich der persönlichen Integrität wie folgt⁸⁵: 234

Weitere Massnahmen, zu denen der Arbeitgeber in diesem Zusammenhang verpflichtet wird, betreffen beispielsweise den Schutz vor Diskriminierungen aufgrund der Rasse oder der Religion. Die Gleichbehandlung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in Bezug auf den Schutz der persönlichen Integrität ergibt sich aus dem Gesetzgebungsauftrag nach Artikel 4 Absatz 2 BV⁸⁶.

Der Schutzbereich reicht demnach sehr weit. Geschützt werden sollen durch das öffentliche Arbeitsrecht die **Persönlichkeitsgüter** im Sinne von Art. 28 ZGB⁸⁷, also auch private und berufliche Ehre und das Recht auf wirtschaftli- 235

⁸⁰ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 10.05; IDERKUM, Rz. 24 f.; WAEBER, personnalité, S. 42.

⁸¹ IDERKUM, Rz. 48; GEISER, Untersuchungen, S. 1049 geht sogar noch weiter: «Zur Gesundheit gehört auch die persönliche Integrität und damit der Persönlichkeitschutz.»

⁸² SCHNEIDER J.-A., S. 299.

⁸³ WAEBER, personnalité, S. 43 ff.

⁸⁴ PORTMANN, Genugtuung, S. 6.

⁸⁵ BBl 1994 II, S. 176.

⁸⁶ Heute Art. 8 Abs. 2 BV.

⁸⁷ AEBI-MÜLLER, S. 5 und 7 ff.; AUBERT, commentaire, Art. 328 OR N 2 f.; STAEHELIN, ZK, Art. 328 OR N 1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 6.

che Entfaltung der Arbeitnehmenden⁸⁸. Ausserdem ist der Schutz vor Diskriminierung aus den in der Bundesverfassung (heute Art. 8 BV) erwähnten Gründen (Rasse, Geschlecht Alter etc.) enthalten.

- 236 Dies auferlegt den Arbeitsschutzbehörden einen **weiten Tätigkeitsbereich**. Sie müssen demnach auch aufgrund von Anzeigen wegen Diskriminierung z.B. wegen einer Behinderung oder wegen des Geschlechts⁸⁹ am Arbeitsplatz aktiv werden, was ihnen selber wohl kaum in diesem Ausmass bewusst ist⁹⁰ und soweit ersichtlich auch in der Rechtswissenschaft nicht klar erkannt ist⁹¹. Der Kommentar SCHEIDEGGER/PITTELOUD verweist lediglich darauf, dass der Schutzbereich heute weiter reicht als der «Schutz der Sittlichkeit» und Diskriminierung wegen Rasse und Religion einschliesse⁹². Der Bundesrat hat sich aufgrund eines Postulats kürzlich bereit erklärt⁹³, die Instrumente des Diskriminierungsschutzes aufzuzeigen und deren Wirkung zu beurteilen. Auf diesem Weg wird die den Arbeitsinspektoraten zugeordnete Funktion im Diskriminierungsschutz wohl auch einer breiteren Öffentlichkeit bewusst werden. Eine Konkretisierung scheint hier besonders nötig⁹⁴.

II. Verletzung

- 237 Jedes Arbeitsverhältnis bringt per se eine **gewisse Einschränkung** der Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmenden mit sich⁹⁵. Es kann also bei der Prävention nur um den Schutzbereich gehen, der nicht von dieser generellen

⁸⁸ PORTMANN, Genugtuung, S. 7 f.

⁸⁹ KAUFMANN, Art. 4 GlG N 84 f.; Hier könnte man sich allerdings fragen, ob das GlG als Lex specialis nicht Vorrang hat. Dagegen spricht, dass die Materialien sexuelle Belästigung, welche im GlG geregelt ist, zum Schutzbereich von Art. 6 ArG zählen (BB1 1994 II, S. 176 f.; BB1 1998 II, S. 1401).

⁹⁰ Z.B. Bericht über die Wirksamkeit des GlG, BB1 2006, S. 3191 f. In der Stellungnahme vom 16.2.2011 zur Motion von NR Oskar Freysinger «Mobbing-Strafnorm» vom 16.12.2010 (Gesch.-Nr. 10.4054) verwies der Bundesrat hingegen darauf, um strafrechtliche Sanktionen abzulehnen.

⁹¹ Die Verfasserin nimmt sich da selber nicht aus, (z.B. 5 Jahre Gleichstellungsgesetz – 5 Jahre Lohngleichheit? in: AJP 2001, S. 1263–1268, S. 1268).

⁹² SCHEIDEGGER/PITTELOUD, Art. 6 ArG N 14.

⁹³ Antwort des BR vom 5.9.12 auf das Postulat vom 14.6.2012 von NR Martin Naef «Bericht zum Diskriminierungsschutzrecht» (Gesch.-Nr. 12.3543).

⁹⁴ S. unten Rz. 345.

⁹⁵ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 13.55; LETSCH, Rz. 111; VON TROTHA, S. 102.

Einschränkung betroffen, d.h. sozialadäquat ist, sondern um jenen, der darüber hinausgeht⁹⁶.

Ist der darüber hinausgehende Bereich betroffen, liegt nach der in der Schweiz geltenden Erfolgsunrechtstheorie eine **Verletzung** vor⁹⁷, sofern keine Rechtfertigung durch Einwilligung des Verletzten, durch überwiegende private oder öffentliche Interessen bzw. durch eine gesetzliche Vorschrift gegeben ist⁹⁸. Es gibt beim Rechtsgut persönliche Integrität also kein Kontinuum wie bei Gesundheit/Krankheit. 238

Über längere Zeit anhaltende Persönlichkeitsverletzungen können bei den Betroffenen **gesundheitliche Beeinträchtigungen** zur Folge haben⁹⁹. Mobbingopfer leiden gemäss einer Erhebung des SECOs signifikant häufiger unter gesundheitlichen Beeinträchtigungen als Nicht-Gemobbte und waren doppelt so häufig «mehr als drei Tage» krank¹⁰⁰. Aufgrund des klaren Wortlauts von Art. 6 ArG (wie auch von Art. 328 OR) ist die persönliche Integrität jedoch ein eigens geschütztes Rechtsgut, d.h. die Persönlichkeit ist nicht erst dann zu schützen, wenn gesundheitliche Folgen drohen. 239

Ein Anspruch auf Genugtuung kann erst geltend gemacht werden, wenn die Beeinträchtigung der Persönlichkeit eine **gewisse Schwere** erreicht hat (Art. 49 OR)¹⁰¹. Weder Art. 6 ArG noch Art. 328 Abs. 2 OR schränken den Schutzbereich selber derart ein; die Schutzpflichten werden erst über die Umschreibung der Massnahmen nach unten und nach oben begrenzt¹⁰². Über die Definition, was überhaupt eine Persönlichkeitsverletzung bzw. Mobbing ist, ergibt sich dann jedoch schon eine Untergrenze des Schutzbereichs, denn nicht jede unvorteilhafte Arbeitsbedingung ist eine Persönlichkeitsverletzung¹⁰³, und nicht jede Schikane oder Zurechtweisung ist Mobbing¹⁰⁴. 240

⁹⁶ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 12.06; REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 5; WYLER, Droit du travail, S. 328.

⁹⁷ AEBI-MÜLLER, S. 14 ff.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 12.07; Inderkum, Rz. 90; PÄRLI, Rz. 1375.

⁹⁸ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 12.14 ff.; PÄRLI, Rz. 1408 ff.

⁹⁹ DEVEAUD-PLÉDRAN, S. 47 ff. m.w.H.; HIRIGOYEN, S. 14 ff.

¹⁰⁰ SECO, Mobbing, S. 27. Zur Verbreitung verschiedener Diskriminierungsformen: GRAF u.a., S. 42.

¹⁰¹ Dazu unten Rz. 790 f.

¹⁰² BGE 114 II 345 (Pra 78/1989, Nr. 83), E. 3d; PORTMANN, BSK, Art. 328 OR N 18; REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 228. S. auch unten Rz. 451 ff. und 456 ff.

¹⁰³ PORTMANN, BSK, Art. 328 OR N 18.

¹⁰⁴ PORTMANN, BSK, Art. 328 OR N 19; SONNENBERG, S. 87.

D. Arbeitsplatz

- 241 Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz hat gegenüber vielen anderen Präventionsproblemen (wie z.B. Sucht, HIV, Kriminalität) den Vorteil, dass er sich «nur» mit der **Arbeitswelt** zu befassen hat. Das Feld der Prävention darf sich allerdings nicht zu eng auf den Arbeitsplatz oder die Arbeitszeiten beschränken; gerade zwischenmenschliche Probleme können auch den Randbereich wie Mittagspause, Betriebsausflüge, Auslandsaufenthalte betreffen¹⁰⁵. Da die primäre Verantwortlichkeit bei den Arbeitgebenden liegt¹⁰⁶, sind sodann die Adressaten klar bestimmt, was schon mal einen besseren Erfolg verspricht, als wenn die ganze Bevölkerung zur Prävention angehalten wird¹⁰⁷.
- 242 An vielen Arbeitsplätzen sind nicht nur die Arbeitnehmenden präsent, sondern auch **andere Personen**, wie Gäste, Kundinnen, Patienten, Schulkinder, die ihrerseits ihre je eigene Rechtssphäre beanspruchen. Diesem Umstand muss der Schutz der Arbeitnehmenden Rechnung tragen und gegebenenfalls eine Güter- bzw. Interessenabwägung vornehmen, wie das Problem des Passivrauches an Arbeitsplätzen in der Gastronomie zeigt¹⁰⁸.
- 243 Dass auch **ausserhalb des Arbeitsplatzes** für die Menschen Belastungen (z.B. Todesfälle in der Familie, Beziehungsprobleme etc.) auftreten, ist normal und gehört zum Leben. Umstände ausserhalb des Arbeitsbereichs entbinden Arbeitgebende nicht von ihrer Schutzpflicht; sie sind unabhängig davon verantwortlich für diejenigen Umstände, die mit der Erwerbsarbeit zusammenhängen¹⁰⁹ – aber auch *nur* für diese¹¹⁰.
- 244 Einen Zusammenhang zum Arbeitsplatz haben hingegen wieder Fragen der **Vereinbarkeit von Berufsarbeit und Familie**. Es wäre unrealistisch und unnatürlich, im Arbeitsschutz von einem Menschenbild auszugehen, welches negiert, dass Arbeitnehmende neben der Rolle am Arbeitsplatz auch private Rollen wahrzunehmen haben. Der Schutzbereich des Arbeitsschutzes muss daher soweit reichen, wie die *Arbeitswelt* die Verbindung dieser beiden Rollen der Arbeitnehmenden determiniert. Auch hier ist dann bei der Wahl der Massnahmen zu prüfen, ob solche z.B. aus betrieblichen Gründen überhaupt zumutbar sind.

¹⁰⁵ DEVEAUD-PLÉDRAN, S. 129.

¹⁰⁶ Oben Rz. 42.

¹⁰⁷ HAFEN, Grundlagen, S. 18 f.; HAFEN, Zukunftsbeeinflussung, S. 73; HURRELMANN/KLOTZ/HAISCH, S. 21; LEPPIN, S. 38.

¹⁰⁸ Bericht des Bundesrates zum Schutz vor Passivrauchen vom 10.3.2006, BBl 2006, S. 3712.

¹⁰⁹ LETSCH, Rz. 110.

¹¹⁰ Z.B. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 9.5.2012 A-6906/2011, E. 5.3.

E. Zu schützender Personenkreis

I. Grundsatz

Mit den Mitteln des arbeitsrechtlichen Gesundheitsschutzes kann man die **Arbeitnehmenden** vor Risiken im Zusammenhang mit der Arbeit schützen. 245
Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass gewisse Betriebe und Arbeitnehmende vom Geltungsbereich von Art. 6 ArG¹¹¹ bzw. den Arbeits- und Ruhezeitvorschriften¹¹² ausgenommen sind.

Geklärt werden muss aber noch, ob innerhalb einer **Belegschaft** beim Gesundheitsschutz zu differenzieren ist. Dies ist wohl nötig, sind doch nicht alle 246
Beschäftigten eines Betriebes denselben Risiken bei ihrer Arbeitstätigkeit ausgesetzt. So unterliegt z.B. eine Angestellte an ihrem Arbeitsplatz in einer Spitalverwaltung anderen psychischen Belastungen als ein Rettungssanitäter. Es ist daher je nach Betrieb geboten, Risikogruppen von Mitarbeitenden zu bilden, die ähnliche Arbeitsanforderungen zu bewältigen haben. Entscheidend ist, dass alle Arbeitnehmenden vor den je spezifischen Risiken an ihren jeweiligen Arbeitsplätzen und bei ihren unterschiedlichen Arbeitsaufgaben geschützt werden. Wichtig ist auch, dass sich der Schutz sowohl auf die physischen wie die psychischen Risiken bezieht.

Nun ist ja bekannt, dass Menschen unterschiedlich auf Einwirkungen von aussen reagieren, seien diese physisch oder psychisch. Muss sich die Prävention nun an den Empfindlichsten ausrichten oder genügt es, **durchschnittlich belastbare Mitarbeitende** im Auge zu haben? Die Frage ist nicht einfach zu 247
beantworten. Die Antworten müssen aus verschiedenen Richtungen gegeben werden:

Ein Unternehmen wählt seine Mitarbeitenden aus; es entscheidet, mit wem 248
ein Arbeitsvertrag abgeschlossen wird. Es hat relativ weit gehende Möglichkeiten, die **Eignung und die Fähigkeiten** jedes und jeder Einzelnen abzuklären. Dadurch wird schon eine Selektion vorgenommen, indem wohl keine Person z.B. für die Pflege auf einer Intensivstation eingestellt wird, welche die körperliche und psychische Konstitution dafür nicht mitbringt, was sich i.d.R. durch eine entsprechende Ausbildung ergibt. Auch bei den so bereits selektionierten Mitarbeitenden kann dann das Schutzniveau nicht nach den Kräftigsten, auch nicht nach dem Durchschnitt ausgerichtet werden¹¹³, denn es darf nicht in Kauf genommen werden, dass die nicht ganz so Robusten

¹¹¹ Oben Rz. 115 ff.

¹¹² Oben Rz. 123.

¹¹³ PETERMANN, Pflichten, S. 5 f.

erkranken. Es darf nicht zu einem «survival of the fittest» kommen¹¹⁴ und dazu führen, dass etwas unterdurchschnittlich Belastbare schon gar nicht angestellt werden.

- 249 Man darf hier **nicht** von einem **unrealistischen Idealtypus** ausgehen, sondern von realen Menschen in ihrer grossen Verschiedenheit; von Menschen mit einem sozialen Umfeld und damit verbundenen Belastungen auch ausserhalb des Arbeitsplatzes sowie Menschen mit unterschiedlichen persönlichen Voraussetzungen¹¹⁵. Der Schutz muss grundsätzlich jedem Arbeitnehmer und jeder Arbeitnehmerin gelten¹¹⁶. Das Gesetz sieht hier keine Ausnahmen vor¹¹⁷. Erst bei der Bestimmung der gebotenen Schutzmassnahmen können diese Gesichtspunkte allenfalls wieder ins Spiel kommen¹¹⁸. Erst da kann dann berücksichtigt werden, dass es im Einzelfall von einer Arbeitgeberin nicht verlangt werden kann, Massnahmen zu ergreifen, weil eine von der üblichen Bandbreite so stark abweichende Situation vorliegt, dass sie keine Verantwortung mehr trägt¹¹⁹.
- 250 Auf der anderen Seite sind auch Arbeitnehmende grundsätzlich frei, ob sie eine Stelle annehmen. Gewisse Risiken sind ihnen bei Vertragsschluss bekannt, weil sie mit der Arbeitsaufgabe verbunden sind. Aufgrund der Offenbarungspflicht haben Arbeitgebende gewisse Risiken bekannt zu geben¹²⁰; andere Risiken erkennen Arbeitnehmende wohl erst im Lauf des Arbeitsverhältnisses, insbesondere bei Veränderungen der Arbeitsbedingungen. In einem zivilrechtlichen Streit kann den Arbeitnehmenden ein gewisses **Übernahmeverschulden** entgegen gehalten werden¹²¹ und mag es eine Rolle spielen, ob ein Risiko «erlaubt» und sozial adäquat ist. Bei der Prävention von Gesundheitsrisiken kann dies hingegen nicht von der Verantwortung entbinden, denn Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz bedeutet: «responsabiliser les entreprises»¹²². Auch in der Therapie von «Opfern»¹²³ psychischer Belastungen am Arbeitsplatz wurde erkannt, dass es nicht genügt, sie zu ermutigen,

¹¹⁴ LUGINBÜHL, S. 68.

¹¹⁵ Dazu unten Rz. 298.

¹¹⁶ Dazu unten Rz. 255.

¹¹⁷ Ausnahmewilligungen gem. Art. 39 ArGV3 sind nur bezüglich einzelner Massnahmen, nicht einzelnen Arbeitnehmenden und nur unter restriktiven Bedingungen möglich.

¹¹⁸ Unten Rz. 514 ff., insbes. Rz. 522 und 525; So auch PETERMANN, Pflichten, S. 6.

¹¹⁹ Unten Rz. 507 ff.

¹²⁰ BRORS, S. 184 f.; sinngemäss gl.M. REHBINDER, Menschenbild, S. 130; zurückhaltend STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 21.

¹²¹ BGE 130 III 699 (Pra 94, Nr. 74), E. 4.1; PORTMANN, Art. 321e OR N 2; AUBERT, Commentaire, Art. 336 OR N 5; PORTMANN, Stresshaftung, S. 4. S. unten Rz. 793.

¹²² HIRIGOYEN, S. 22.

¹²³ HIRIGOYEN, S. 16.

Selbstverantwortung für die Probleme des Lebens zu übernehmen. Man muss ihnen vielmehr helfen, *weniger* Verantwortung für die Fehlfunktionen des Personalmanagements zu übernehmen, um sie von ihren Schuldgefühlen zu befreien¹²⁴.

Ob Arbeitnehmende Risiken gekannt haben, ihnen implizit oder gar explizit **zugestimmt** haben, darf im *öffentlichen* Arbeitsschutz keine Rolle spielen. Arbeitnehmende können auf den absolut zwingenden gesetzlichen Schutz nicht verzichten¹²⁵. Ob gewisse Risiken einer Arbeit inhärent sind und allenfalls einer Prävention gar nicht zugänglich sind, ist eine Frage, die erst bei der Ermittlung der gebotenen Massnahmen für die betreffenden Arbeitsplätze zu entscheiden ist¹²⁶. Bei dieser Prüfung kann sich ergeben, dass es im konkreten Fall nicht erforderlich oder nicht zumutbar wäre, Präventionsmassnahmen zu ergreifen. Bei einer *zivilrechtlichen* Haftung kann das Eingehen ungünstiger Arbeitsbedingungen freilich haftungsreduzierend berücksichtigt werden¹²⁷.

II. Besonders Schutzbedürftige

Aus sozialwissenschaftlichen Untersuchungen zu psychischen Risiken am Arbeitsplatz ist bekannt, dass junge Erwachsene¹²⁸, ältere Arbeitnehmende¹²⁹ und Menschen in bestimmten Lebensphasen oder in bestimmten Lebensumständen¹³⁰ sowie in atypisch-prekären Arbeitsverhältnissen¹³¹ psychisch stärker gefährdet sind¹³². Beim Umgang mit psychischen Risiken am Arbeitsplatz, können zudem belastende Situationen aus dem Privatleben die Widerstandskräfte beeinträchtigen. Da alle Beschäftigten in ihrer jeweiligen Situation Anspruch auf Schutz gemäss ArG haben, bedeutet dies, dass das **Schutzniveau** so sein muss, dass nicht gerade diejenigen Arbeitnehmenden des Schutzes entbehren müssen, die am meisten darauf angewiesen sind. Der Arbeitsschutz muss sich den Arbeitnehmenden, wie sie nun mal sind, anneh-

¹²⁴ EHRENBURG, S. 418 f.; HIRIGOYEN, S. 22; REITH BERNARD, Le harcèlement au travail, vu du cabinet d'un psychiatre praticien, in: Aubert Gabriel u.a. (Hrsg.), Harcèlement au travail, Genf 2002.

¹²⁵ BAUMANN, S. 313 und 317.

¹²⁶ Unten Rz. 495 ff.

¹²⁷ Unten Rz. 793 f.

¹²⁸ GERLMAIER, Lebensphasen, S. 168 f. und 175 f.; LANGHOFF u.a., S. 343; WALKER/MARTI/BERTSCHY, S. 124.

¹²⁹ GERLMAIER, Lebensphasen, S. 172 f. und 176.

¹³⁰ BAER/FRICK/FASEL/WIEDERMANN, S. 20 f.; FUNK, S. 86; GAGNEBIN, Rz. 2; GERLMAIER, Lebensphasen, S. 162; LÄUBLI/MÜLLER, S. 28.

¹³¹ GREBNER u.a., S. 68; LANGHOFF u.a., S. 345; OPPOLZER, S. 79; WALKER/MARTI/BERTSCHY, S. 58.

¹³² ULICH/WIESE, S. 71 f.; GERLMAIER, Lebensphasen, S. 157.

men und dafür sorgen, dass die Wahrscheinlichkeit durch die Arbeitssituation gesundheitlich beeinträchtigt zu werden reduziert wird¹³³. Da Menschen nun einmal verschieden sind und unterschiedlich auf Arbeitsbelastungen reagieren¹³⁴, bedeutet dies, dass sich Arbeitgebende der unterschiedlichen Belastungsfähigkeit von Arbeitnehmenden bewusst sein müssen¹³⁵.

- 253 Mit Art. 36a ArG bestünde eine Grundlage, um Beschäftigten «anderer Gruppen von Arbeitnehmenden» (gemeint ist über die Kategorie der Arbeitnehmenden mit Familienpflichten hinaus) aus gesundheitlichen Gründen gewisse beschwerliche und gefährliche **Arbeiten zu untersagen**. Von dieser Kompetenz hat der Bundesrat aber bislang keinen Gebrauch gemacht¹³⁶. Dies könnte bei denjenigen Arbeitsumständen nötig sein, die sich durch präventive Massnahmen nicht verbessern lassen.
- 254 Das vorstehend Ausgeführte kann selbstverständlich nicht darüber hinwegtäuschen, dass Betriebe diejenigen Beschäftigten **entlassen** können, für welche besondere Schutzmassnahmen angezeigt wären. In solchen Fällen stehen nur die sachlichen Kündigungsschutzbestimmungen (Art. 336 OR) zur Verfügung¹³⁷. Es kann aber auch Situationen geben (z. B. Präsentismus), wo Arbeitgebende zur Wahrung des Gesundheitsschutzes die Arbeit von gefährdeten Arbeitnehmenden nicht annehmen dürfen¹³⁸.
- 255 Es muss mittels des öffentlichen Arbeitsschutzes vermieden werden, dass Arbeitnehmende wegen Vernachlässigung der Prävention eine Stelle verlassen müssen oder gar nicht anzutreten wagen, für die sie an sich die Fähigkeiten hätten. Nur der Staat hat mit dem Arbeitsschutz die rechtlichen Mittel dafür zu sorgen, dass Arbeitsbedingungen so ausgestaltet sind, dass der Zugang zu Arbeitsstellen nicht wegen mangelnder Prävention verunmöglicht wird¹³⁹. Insofern erfüllt der Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz die Funktion eines **präventiven Diskriminierungsschutzes**. Er muss sich nämlich nicht nur auf die aktuellen, sondern auch auf *potentielle* Arbeitnehmende ausrich-

¹³³ MÜLLER ROLAND A., Art. 6 Abs. 1 ArG N 4; PETERMANN, Pflichten, S. 8.

¹³⁴ HIRIGOYEN, S. 22; Dazu ausführlich: KÖNIG KARL, Arbeit und Persönlichkeit, Frankfurt a.M. 2011.

¹³⁵ So wird «menschengerechte Gestaltung der Arbeit» in Deutschland verstanden (SCHUBERT, S. 97), und Schweden umschreibt dies in § 3 des Arbetsmiljölagen: «Vid arbetets planläggning och anordnande skall beaktas att människors förutsättningar att utföra arbetsuppgifter är olika» (bei Planung und Organisation der Arbeit ist zu berücksichtigen hat, dass die Fähigkeiten der Menschen zur Ausführung der Arbeit ungleich sind). S. auch unten Rz. 367.

¹³⁶ GÄCHTER, Arbeitsschutz, Rz. 190.

¹³⁷ PÄRLI, Rz. 1344 und Rz. 1351; PORTMANN, BSK, N 6 zu Art. 336 OR.

¹³⁸ BGE 126 III 75, E. 2e, in: Pra 89/2000, Nr. 121; PÄRLI/HUG, S. 8.

¹³⁹ HIRIGOYEN, S. 23.

ten. Durch das Leiturteil 1 kommt dies dadurch zum Ausdruck, dass die Anordnung, eine externe Anlaufstelle bei Konflikten einzurichten, nicht mehr der erkrankten Anzeigerin nützt, sondern allen künftigen Arbeitnehmenden der Treuhandfirma. Diese Funktion des öffentlichrechtlichen Arbeitsschutzes erlangt zunehmend Bedeutung. Denn es macht wenig Sinn, wenn die Reintegration von (insbesondere aus psychischen Gründen) Teilinvaliden durch die Invalidenversicherung forciert wird, aber von den Arbeitsschutzbehörden Arbeitsbedingungen toleriert werden, die Eingegliederte gleich wieder gesundheitlich zurückwerfen¹⁴⁰.

F. Zwischenstand

Ausgangspunkt für präventives Handeln ist es, sich klar darüber zu werden, 256
welches Problem verhindert werden soll. Es konnte gezeigt werden, dass es im arbeitsrechtlichen Gesundheitsschutz das Ziel ist, zu verhindern, dass Arbeitnehmende durch Faktoren am Arbeitsplatz erkranken oder ihre persönliche Integrität verletzt wird. Zwischen psychischen und physischen Erkrankungen gibt es beim arbeitsrechtlichen Schutz keine Unterschiede. Psychische Störungen sind jedoch schwieriger zu diagnostizieren. Der persönliche Schutzbereich erstreckt sich auf die aktuellen und potentiellen Arbeitnehmenden an den jeweiligen Arbeitsstellen.

¹⁴⁰ DUNKEL u.a., S. 362; HERDT/WINCKEL/LASKOWSKA, S. 33 f.

§ 3 Erklärungsmodelle

A. Einleitung

- 257 Um die beabsichtigte **Konkretisierung** der Generalklausel von Art. 6 ArG in Bezug auf den Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken sachgerecht angehen zu können, lohnt es sich, einen Blick auf die Erkenntnisse von Nachbardisziplinen zu werfen. Dies soll auch ermöglichen, eine auf den Regelungsgegenstand bezogene Rechtssystematik vorzuschlagen.
- 258 Wie Prävention «funktioniert», ist Gegenstand von soziologischer und sozialpädagogischer Forschung. Mit der **Wirkungsweise** von psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz befassen sich neben der Medizin auch die Arbeitswissenschaft und Organisationspsychologie. An diese Erkenntnisse kann die Rechtsetzung anknüpfen¹.

B. Belastungs – Beanspruchungs – Modell

- 259 In der internationalen Forschung haben sich vor allem **zwei Modelle** zum Zusammenspiel von psychischen Erkrankungen, Stress und Arbeit durchgesetzt²: das eine ist das «*Job-Demand-Control-Modell*» (Anforderungs-Kontroll-Modell) von KARASEK und THEORELL³, und das andere ist das «*Effort-Reward-Imbalance-Modell*» (Belastungs-Beanspruchungs-Modell). Es ist bekannter unter dem Namen «*Modell der Gratifikationskrise*» und wurde entworfen von JOHANNES SIEGRIST, einem seit Jahrzehnten in Deutschland forschenden Schweizer⁴.
- 260 Mit dem Anforderungs-Kontroll-Modell wurde eine **spezifische Begrifflichkeit** eingeführt, die für Uneingeweihte zunächst einmal gewöhnungsbedürftig ist. Das eine Element der Anforderungen an Arbeitnehmende ist die Belastung, das andere die Beanspruchung. Diese Begriffe werden (entgegen dem alltäglichen Sprachgebrauch) neutral verwendet und sind nicht negativ konnotiert. Werden Belastungen als negativ empfunden oder führen sie zu gesundheitlichen Problemen, wird in der Fachliteratur der Begriff «Fehlbelas-

¹ Allgemein dazu GALLI, S. 54.

² GERLMAIER, Ursachen, S. 57; WELLMANN/LEMPERT-HORSTKOTTE, S. 25 schlagen als drittes Modell noch ein Modell der Handlungsregulation vor.

³ KARASEK ROBERT A./THEORELL TÖRES, *Healthy work – Stress, productivity and the reconstruction of working life*, New York 1990.

⁴ SIEGRIST JOHANNES, *Adverse health effects of high-effort/low-reward conditions*, *Journal of Occupational Health Psychology*, 1/1996, S. 27–41.

tung» gebraucht⁵. Diese Wortwahl ist allerdings nicht so neutral wie vorgegeben wird. Es klingt vielmehr ein Vorwurf gegenüber den Arbeitnehmenden an. Aus diesem Grund, und weil im Arbeitsschutz negative Belastungen im Vordergrund stehen⁶, wird im Folgenden nur der Begriff «Belastung» verwendet im Wissen darum, dass damit nicht nur negativ empfundene Einwirkungen gemeint sein müssen.

Als psychische **Belastungen** («mental stress») werden alle positiven und negativen Einflüsse verstanden, die von aussen auf Menschen zukommen und auf sie psychisch einwirken⁷. Psychische **Beanspruchungen** («mental strain») sind die Auswirkungen der psychischen Belastung auf die Einzelperson. Die Beanspruchung ist ein innerer Vorgang, der individuell unterschiedlich abläuft⁸. Die **Folgen** dieser Beanspruchung können sich positiv oder negativ auswirken. Fristen und Zeitdruck können beflügeln und Kräfte mobilisieren oder Gefühle von Angst, Ärger, Überforderung auslösen und dadurch auf die Dauer krank machen⁹. 261

Beim **Anforderungs-Kontroll-Modell** wird angenommen, dass bei den Beschäftigten zwei Faktoren für eine starke psychische Beanspruchung verantwortlich sind: Tätigkeiten mit hohen quantitativen Belastungen bei gleichzeitig geringem Handlungsspielraum¹⁰. Demgegenüber wirken grosse Handlungs- bzw. Kontrollspielräume als Ressourcen zur Kompensation hoher Belastungen¹¹. Das Modell weist dadurch einen sozialen Schichtgradienten auf: Je niedriger die berufliche Position, desto häufiger sind entsprechende Belastungen zu finden, da auf dieser Hierarchiestufe Handlungsspielräume regelmässig gering sind. 262

Dies führte zu Kritik, wonach die stärkenden Ressourcen nicht allein im individuellen Handlungsspielraum und der Kontrolle darüber gesehen werden können, denn auch Beschäftigte mit grossen Spielräumen erkranken¹². In dem weiter entwickelten **Job-Demands-Resources-Modell** werden daher alle Tätigkeitsmerkmale als Ressourcen gesehen, die als Puffer gegen hohe Ar- 263

⁵ RICHTER/NEBEL/WOLF, S. 267.

⁶ Oben Rz. 220.

⁷ Statt vieler: HEILMANN/HAGE, S. 669. Im Einzelnen dazu unten Rz. 277 ff.

⁸ HEILMANN/HAGE, S. 670. Im Einzelnen dazu unten Rz. 375 ff.

⁸ HEILMANN/HAGE, S. 670. Im Einzelnen dazu unten Rz. 387 ff.

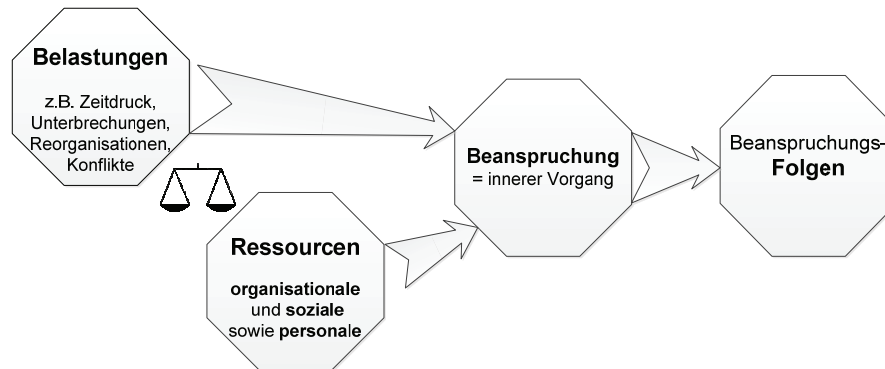
⁹ HEILMANN/HAGE, S. 673.

¹⁰ GERLMAIER, Ursachen, S. 57.

¹¹ FUNK, S. 92; GERLMAIER, Ursachen, S. 58.

¹² GERLMAIER, Ursachen, S. 58 (mit weiteren Hinweisen).

beanspruchungen dienen können¹³. Es hat sich allerdings gezeigt, dass sich die Erwartung, dass mehr Autonomie weniger Zwänge hervorbringe, nicht erfüllt hat¹⁴.



- 264 Mit dem Modell der **Gratifikationskrise** (Belastungs-Beanspruchungs-Modell) sieht JOHANNES SIEGRIST die psychischen Gesundheitsrisiken weniger in den beteiligten Faktoren, als vielmehr in einem Gleichgewichtsproblem¹⁵. In zahlreichen Studien konnte nachgewiesen werden, dass eine erhöhte Krankheitswahrscheinlichkeit besteht, wenn Erwerbstätige mehr in ihre Arbeit investieren als sie vom Betrieb zurück erhalten, wenn die Belohnung (Gratifikation) nicht in einem Gleichgewicht ist im Verhältnis zum Arbeitseinsatz¹⁶. Massgebend ist nicht nur monetäre Belohnung, sondern ganz allgemein auch Wertschätzung, Status, Arbeitsplatzsicherheit¹⁷.
- 265 In mehreren prospektiven epidemiologischen Studien konnte dieses **Modell bestätigt** werden: Wer längere Zeit in seiner Erwartung auf berufliche Anerkennung angesichts der erbrachten Leistung enttäuscht wird, hat ein doppelt so hohes Risiko an Depression zu erkranken¹⁸. Aufgrund dieses Modells

¹³ MOLDASCHL MANFRED, Ressourcenorientierte Analyse von Belastung und Bewältigung, in: Moldaschl Manfred (Hrsg.), Immaterielle Ressourcen, München 2005, S. 243–280; RICHTER/NEBEL/WOLF, S. 271 f.

¹⁴ EHRENBURG, S. 371.

¹⁵ ULICH, Arbeitspsychologie, S. 562 f.; ULICH/WIESE, S. 68.

¹⁶ Übersicht bei ULICH/WIESE, S. 69; VOSS, S. 54.

¹⁷ GERLMAIER, Ursachen, S. 58; GREBNER u.a., S. 37; SIEGRIST/KNESEBECK, S. 231.

¹⁸ SIEGRIST JOHANNES, Berufliche Gratifikationskrisen und depressive Störungen, in: Psychotherapeut, 56/2011, S. 21–26.

konnten als Risikogruppen besonders gering Qualifizierte, Ältere und Beschäftigte mit ausgeprägt kompetitiven Tätigkeiten identifiziert werden¹⁹.

Das Modell der Gratifikationskrise kommt dem in der Rechtswissenschaft geläufigen **Reziprozitätsprinzip**²⁰ (Verhältnis von Leistung und Gegenleistung) sehr nahe. Das Modell der Gratifikationskrise wird denn auch mit der «Equity Theory» von JOHN STACEY ADAMS in Verbindung gebracht, und es gibt Belege, dass fehlende Gerechtigkeit in Unternehmen einen negativen Einfluss auf die psychische Gesundheit hat²¹.

Die dargestellten Erklärungsmodelle beruhen letztlich alle auf der Aussage, dass der **Output** (Beanspruchungsfolgen) mit dem **Input** (Arbeitsbelastung, Ressourcen) zusammen hängt. Dieses Input-Output-Modell wird auch in anderen Zusammenhängen gebraucht²². Es eignet sich, um die Übergangsfunktion eines Systems (hier Gesundheit/Krankheit) sichtbar zu machen²³.

C. Anerkennung der Modelle

Die Erklärungsmodelle für die Zusammenhänge von psychische Arbeitsbelastungen und Erkrankungen sind nicht nur in den Sozialwissenschaften anerkannt, sondern sind auch **formal anerkannt** worden durch die ISO-Normenvereinigung und in der Folge auch durch verschiedene staatliche Organe, wie das schweizerische Staatssekretariat für Wirtschaft SECO²⁴. Sie sind auch in der Rechtswissenschaft geläufig²⁵.

Bereits 1981 wurden auf internationaler Ebene Normen für psychische Gesundheitsrisiken gefordert, aber erst zehn Jahre später konnte die **ISO-Norm 10075** «Ergonomische Grundlagen bezüglich psychischer Belastungen» veröffentlicht und seither mehrmals angepasst und erweitert werden²⁶. Es geht in

¹⁹ SIEGRIST JOHANNES/Dragano NICO, Psychosoziale Belastungen und Erkrankungsrisiken im Erwerbsleben – Befunde aus internationalen Studien zum Anforderungskontroll-Modell und zum Modell beruflicher Gratifikationskrisen, in: Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung, Gesundheitsschutz, 2008, 51/3, S. 305–312.

²⁰ REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 102; REHBINDER, Menschenbild, S. 135; RICHLI, S. 179.

²¹ NDJABOUÉ RUTH/BRISSON CHANTAL/VÉZINA MICHEL, Organisational justice and mental health – a systematic review of prospective studies, in: Occupational and Environmental Medicine, 69/2012, S. 694–700.

²² BÜLLESBACH, Systemtheorie, S. 436.

²³ Mehr dazu bei Rz. 375 ff.

²⁴ Vgl. SECO, Wegleitung Art. 2 ArGV3 (Anhang).

²⁵ PORTMANN, Stresshaftung, S. 3; TIESTE, Stress, S. 69 ff.; VON TROTHA, S. 27.

²⁶ NACHREINER, S. 10.

dieser Norm um drei Bereiche²⁷: zum einen um die Festlegung der Begriffe und konzeptionellen Zusammenhänge, dann um Gestaltungsgrundsätze und schliesslich um die Erfassung und Messung psychischer Belastung und Beanspruchung.

- 270 Diese Norm fasst im ersten Teil den Stand des Wissens zusammen und ist ihrerseits Grundlage für Präventionsprogramme und –massnahmen verschiedener internationaler und nationaler Organe²⁸. So beruht z.B. die Rahmenvereinbarung der Europäischen Sozialpartner zu arbeitsbedingtem Stress von 2004 auf dieser Norm. Die Schweizerische Normenvereinigung hat ihr den Status einer nationalen Norm verliehen und sie als «SN EN ISO 10075» veröffentlicht²⁹. Auch die **Wegleitung des SECOS** beruft sich explizit im Anhang zu Art. 2 ArGV3 auf das Belastungs-Beanspruchungskonzept und diese ISO-Norm.
- 271 Mit der Norm, insbesondere dem Teil 2 «Gestaltungsmöglichkeiten», richtet man sich an Konstrukteure bzw. Hersteller und an Betreiber von Arbeitsmitteln und Arbeitssystemen. Das Ziel ist die **Optimierung der Produktivität**, nicht die Minimierung von psychischer Belastung. Monotone Arbeitsplätze stehen im Vordergrund, nicht die heutige Arbeitsverdichtung und psychische Sättigung. Es geht um den Aspekt effektiver und effizienter Arbeit, nicht um Arbeits- und Gesundheitsschutz³⁰. So lässt sich erklären, dass dieser Teil der Norm auf internationaler Ebene relativ rasch und mit grosser Zustimmung (92%) verabschiedet worden ist³¹.
- 272 Mit dem dritten Teil ISO 10075–3 «**Erfassung und Messung** psychischer Belastung und Beanspruchung» werden Anforderungen an Verfahren festgelegt, die diese erfüllen müssen, wenn sie zur Erfassung oder Messung psychischer Belastung, Beanspruchung oder deren Folgen herangezogen werden sollen³². Es werden verschiedene Präzisionsstufen je nach Zweck der Messung umschrieben. Diese Norm benennt aber die psychosozialen Risiken nicht detailliert und gibt nur punktuell Hinweise auf präventive Massnahmen. Sie ist auch noch stark auf kurzfristige psychische Belastungen ausgerichtet und trägt den langfristigen psychischen Belastungs-Beanspruchungsfolgen zu wenig Rechnung³³.

²⁷ EN ISO 10075–1:2000, EN ISO 10075–2:2000 und EN ISO 10075–3:2004 (Fundstelle s. Literaturverzeichnis).

²⁸ OPPOLZER, S. 104 f.

²⁹ Der Text ist identisch mit Europäischen Norm EN und der deutschen DIN Norm (vgl. oben FN 27).

³⁰ NACHREINES, S. 10.

³¹ NACHREINER, S. 11.

³² NACHREINER, S. 12 f.

³³ NACHREINER, S. 14.

D. Einschub zum Begriff «Stress»

Es ist bei der Lektüre dieses Textes vielleicht schon aufgefallen, dass ich das Wort «Stress», das heutzutage in aller Munde ist, selber nicht verwende. Ich meine, der **inflationäre Gebrauch** dieses Wortes sei mitverantwortlich dafür, dass die Prävention von psychischen Einwirkungen am Arbeitsplatz als so komplex und kaum durchführbar empfunden wird. 273

Der englische **Begriff** «stress» stammt ursprünglich aus der Physik und bezeichnet die «unspezifische Reaktion eines Körpers auf jegliche Anforderung»³⁴. Er hat dann im gleichen Sinne Eingang in die Medizin gefunden³⁵. Der Begriff wird heute auch in Biologie, Psychologie, Sozial- und Ingenieurwissenschaften und insbesondere in der Arbeitswissenschaft gebraucht³⁶. 274

Von Stress ist im **Zusammenhang mit Arbeit** in der Alltagssprache die Rede, wenn (nach den oben geschilderten Modellen) die *Belastung* gemeint ist, also die Einwirkung auf die Arbeitnehmenden z.B. durch Zeitdruck, hohe Anforderungen³⁷. Im arbeitswissenschaftlichen Kontext wird meist (aber nicht immer) die *Beanspruchung* mit Stress bezeichnet, also der innere Vorgang, der zunächst nur von den Betroffenen (negativ) erlebt wird³⁸. Und zuletzt wird mit Stress auch die *Folge* umschrieben³⁹, also das Verhalten oder die Symptome, die sich aus Belastung und Beanspruchung ergeben, wie z.B. Konzentrationsprobleme, Ermüdung, Angst und Ärger⁴⁰, die sich längerfristig zu gesundheitlichen Problemen wie z.B. psychosomatische Beschwerden oder Erschöpfungsdepressionen ausweiten können⁴¹. 275

Es lohnt sich aber, diese **drei Phasen** begrifflich sauber auseinander zu halten. Nur so können die Anteile der *Arbeitgebenden* (Belastung) und die Anteile der *Arbeitnehmenden* (Beanspruchung) beim Krankheitsgeschehen (Folge) wahrgenommen werden. Dies hilft, den rechtlichen Verantwortungsbereich der Arbeitgebenden zu erkennen und gezielt mit Präventionsmassnahmen intervenieren zu können. Es ist demzufolge dem tieferen Verständnis der Zusammenhänge zuträglicher, den «schwammigen»⁴² Begriff Stress wo 276

³⁴ GOLDSTEIN DAVID S./KOPIN IRWIN J., Evolution of concepts of stress, in: (Zs.) Stress, 2007/10, S. 109–20; PORTMANN, Stresshaftung, S. 3.

³⁵ HEILMANN/HAGE, S. 671; RICHTER, S. 3; SIEGRIST/KNESEBECK, S. 229; VON TROTHA, S. 27.

³⁶ OPPOLZER, S. 109 f.; SECO, Anhang Wegleitung Art. 2 ArGV3, S. 302-E.

³⁷ KERNEN, S. 37 f.; SIEGRIST/KNESEBECK, S. 229.

³⁸ GERLMAIER, Ursachen, S. 55.

³⁹ OPPOLZER, S. 107.

⁴⁰ HEILMANN/HAGE, S. 673; VON TROTHA, S. 27 f.

⁴¹ DEVEAUD-PLÉDRAN, S. 45 ff.

⁴² MURER, S. 419.

immer möglich zu vermeiden. Beim Referenzieren auf einschlägige Forschungsarbeiten, wie auch auf gerichtliche Erwägungen und rechtswissenschaftliche Literatur kommt man jedoch nicht immer darum herum.

§ 4 Arbeitsbelastungen

A. Einleitung

Auf der Grundlage der in § 3 vorgestellten Modelle soll nun das Problem von psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz unter Berücksichtigung von **Erkenntnissen** der Arbeitswissenschaft und der Rechtsprechung angegangen werden. Es ist zu erwarten, dass sich daraus eine Hilfe für eine verbesserte Regulierung des psychischen Gesundheitsschutzes ergibt. 277

Nachdem wir in die Zukunft geblickt haben und das zu verhindernde Problem (Erkrankung bzw. Persönlichkeitsverletzung) identifiziert haben (§ 2), richten wir den Blick nun in die entgegengesetzte Richtung: Erfahrungen aus der **Vergangenheit** werden zeigen, welche Faktoren auf die Psyche der Arbeitnehmenden einwirken und eine Erkrankungen oder Persönlichkeitsverletzung wahrscheinlicher machen können¹. Dies ermöglicht danach zu entscheiden, wie mit Interventionen der Eintritt des Risikos Erkrankung in der Gegenwart reduziert werden kann, denn «Prävention ist Ursachenbehandlung»². 278

Die **Ursachenbehandlung** erfolgt im Arbeitsschutz aus der Schutzperspektive durch das Wahrnehmen von Gefahren. Sie verfolgt also einen eher pathogenetischen Ansatz³. Dem gegenüber ist die Gesundheitsförderung salutogenetisch ausgerichtet. Sie verfolgt eine Entwicklungsperspektive, ist ressourcenorientiert und nimmt eher die Chancen wahr. Erst beide Sicht- und Handlungsweisen zusammen ergeben ein umfassendes Betriebliches Gesundheitsmanagement⁴. Die folgenden Ausführungen tragen der Funktion des Arbeitsschutzes Rechnung, was zwangsläufig mit einem eher defizitorientierten Blick verbunden ist. 279

Der Umstand, dass Arbeitnehmende **psychischen Belastungen** ausgesetzt sind, ist alltäglich und bedeutet nicht automatisch, dass diese davon auch krank werden. Zudem kann unmöglich jedwede negativ empfundene psychische Belastung aus der Arbeitswelt verbannt werden⁵. Arbeiten ist ein stetiger Anpassungsprozess, der nur durch Unterdrückung und Sublimierung von Triebansprüchen funktioniert⁶. Psychische Arbeitsbelastungen sind arbeitsbezogene Faktoren, die unser Wahrnehmen, Denken, Erinnern, Erleben, Emp- 280

¹ HAFEN, Zukunftsbeeinflussung, S. 24.

² HAFEN, Grundlagen, S. 75.

³ ULICH, Arbeitspsychologie, Tabelle 7.9. auf S. 547. Sowie oben Rz. 217 und 220.

⁴ ULICH, Arbeitspsychologie, S. 545.

⁵ OPPOLZER, S. 87.

⁶ So JÜRGEN HABERMAS gem. BÜLLESBACH, Systemtheorie, S. 455.

finden und/oder Verhalten beeinflussen⁷. Dieselben Belastungen werden freilich nicht von allen Betroffenen gleich bewertet⁸.

- 281 Es konnte aber empirisch nachgewiesen werden, dass zwischen gewissen psychischen Belastungen am Arbeitsplatz ein Zusammenhang zu **psychischer Erschöpfung** besteht⁹, ganz besonders, wenn Arbeitnehmende Mehrfachbelastungen ausgesetzt sind¹⁰. Die Zusammenhänge zwischen Erwerbstätigkeit und Erkrankungen sind in den letzten Jahrzehnten von verschiedenen Forschungsgruppen unterschiedlicher Disziplinen erforscht worden¹¹. Es besteht ein breiter Konsens darüber, welche Faktoren psychisch negativ belasten¹². Die statistischen Unterschiede bezüglich der einzelnen Faktoren sind zwischen den europäischen Ländern (inkl. Schweiz) nicht sehr gross¹³. Es kann eine Zunahme der psychischen Belastungen in den letzten Jahrzehnten an den Arbeitsplätzen in der Schweiz, wie in anderen Ländern belegt werden¹⁴.
- 282 Man kann sich zudem auf mehrere durch verschiedene Behörden herausgegebene **Studien** stützen, die breite Anerkennung gefunden haben¹⁵. Die OECD hat z.B. anfangs 2012 einen Übersichtsbericht «Sick on the Job? Myths and Realities about Mental Health and Work» mit Daten und Informationen aus zehn Ländern (inkl. Schweiz) publiziert¹⁶. Auf europäischer Ebene sind die seit 1990 alle fünf Jahre durchgeführten Erhebungen über Arbeitsbedingungen in Europa (European Working Condition Survey, EWCS) zu erwähnen, an denen sich die Schweiz erstmals 2005 beteiligt hat¹⁷. In Zusammenarbeit mit der europäischen Stiftung Eurofound wurde die Erhebung 2010 zum zweiten Mal durchgeführt, diesmal aber leider ohne direkte Beteiligung der

⁷ SECO, Anhang Wegleitung Art. 2 ArGV3, S. 302-A.

⁸ HEILMANN/HAGE, S. 669.

⁹ GAGNEBIN, Rz. 7; GERLMAIER, Ursachen, S. 75; HERDT/WINCKEL/LASKOWSKA, S. 29; LÄUBLI/MÜLLER, S. 22 m.w.H.

¹⁰ HEILMANN/HAGE, S. 671; GREBNER u.a., S. 25; UDRIS, S. 85 ff.

¹¹ BFS, Arbeit und Gesundheit, passim; GREBNER u.a., S. 12; SCHULER/BURLA, S. 58 ff.; Zur Forschungsgeschichte: THEORELL, S. 22 ff.

¹² EU-OSHA, ESENER, S. 39; COHIDON/IMBERON, S. 259; PRINS/HEIJDEL, S. III; RICHTER, S. 5; RICHTER/NEBEL/WOLF, S. 268 ff.; ULICH, Psychische Gesundheit, S. 25; URBAN/PICKSHAUS/FERGEN, S. 26.

¹³ EU-OSHA, ESENER, S. 42 f.

¹⁴ GREBNER u.a., S. 23; COHIDON/IMBERON, S. 260; OPPOLZER, S. 76; ULICH, Psychische Gesundheit, S. 25. RICHTER/NEBEL/WOLF, S. 267 weisen darauf hin, dass es sich auch um eine Zunahme der *Behandlungen* handeln könnte.

¹⁵ DOLLARD MAUREEN u.a., National surveillance of psychosocial risk factors in the workplace – An international overview, in: Work & Stress, 21/1, 2007, S. 1–29.

¹⁶ OECD, passim; WICKI, S. 94.

¹⁷ GRAF u.a., passim.

Schweiz¹⁸. Die Europäische Agentur für Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz (EU-OSHA) in Bilbao publiziert regelmässig Studien und Statistiken, z.B. die bereits zitierte Unternehmensbefragung ESENER¹⁹.

Für die **Situation in der Schweiz** kann auf mehrere Gutachten des SECOs (Stressstudien²⁰) und auf die alle fünf Jahre stattfindende Gesundheitsbefragung²¹ und das zum dritten Mal 2012 durchgeführte Monitoring über die psychische Gesundheit in der Schweiz²² zurückgegriffen werden. Danach geben fast 42% der Erwerbstätigen an, bei der Arbeit hoher psychischer Belastung ausgesetzt zu sein²³. Mit zunehmendem Alter steigt die psychische Belastung tendenziell. Männer (47,0%) berichten häufiger von hoher arbeitsbedingter psychischer Belastung als Frauen (35,4%). Dies kann u.a. dadurch erklärt werden, dass Männer häufiger Führungspositionen innehaben und auch häufiger Vollzeit arbeiten als Frauen²⁴.

Die **Arbeitsbelastungen** werden meist kategorisiert nach *Arbeitsaufgabe*, *physikalischen* Arbeitsbedingungen sowie sozialen und *Organisationsfaktoren*²⁵. Im Hinblick auf die Ergänzung der ArGV3 bezüglich der psychischen Belastungsfaktoren richtet sich die folgende Behandlung nach einer eigenen Systematik²⁶, welche die Struktur des geltenden Rechts berücksichtigt.

¹⁸ Die Schweiz verzichtete aus Kostengründen auf persönliche Befragungen und liess Telefoninterviews durchführen, was einen Vergleich mit dem europäischen Umfeld erschwert. Ergänzend zum Eurofound-Fragebogen wurden in der Schweiz vertiefte Fragen zu Stress, Substanzkonsum und Erfassung der Arbeitszeit gestellt (KRIEGER/PEKRUHL/LEHMANN/GRAF, S. 12 f.). GREBNER u.a. haben lediglich einige Fragen der EWCS-Studie 2010 für ihre Stressstudie verwendet (S. 15).

¹⁹ Rz. 195 ff.

²⁰ RAMACIOTTI/PERRIARD (2003); GREBNER u.a. (2011).

²¹ Z.B. BFS, Arbeit und Gesundheit.

²² SCHULER/BURLA, S. 13.

²³ SCHULER/BURLA, S. 62. Dieser Anteil ist gegenüber 2002 (44,7%) leicht gesunken, sowohl bei den Männern wie bei den Frauen.

²⁴ SCHULER/BURLA, S. 62.

²⁵ SECO, Anhang Wegleitung Art. 2 ArGV3, S. 302-A; VON TROTHA, S. 28.

²⁶ Sie lehnt sich aber an die EN ISO 10075-2 an, welche im Anhang A für Gestaltungslösungen nach Aufgabe, Arbeitsmittel, Arbeitsumgebung, Arbeitsorganisation und zeitlicher Organisation gliedert.

B. Arbeitszeit

I. Dauer der Arbeitszeit

1. Gesetzliche Obergrenzen

- 285 Schon lange beschäftigt Menschen das **Gleichgewicht** zwischen Arbeit und Erholung. Der Spruch «eight hours work, eight hours sleep, eight hours play» wird auf König ALFRED DEN GROSSEN (849–901) zurückgeführt. Die erste gesetzliche Regelung der Arbeitszeit scheint ein englisches Arbeitsgesetz von König HEINRICH VIII. gewesen zu sein, welches die Arbeitszeit auf 14 bis 15 Stunden täglich, nach Abzug der Pausen auf 11 bis 12 Stunden, beschränkte²⁷. Bekanntlich war die Schweiz im 19. Jahrhundert Vorreiterin in Kontinentaleuropa, was die gesetzliche Begrenzung der Arbeitszeit betrifft²⁸.
- 286 Betriebswirtschaft und Arbeitspsychologie beschäftigen sich seit anfangs des 20. Jahrhunderts mit den Zusammenhängen von **Arbeitsdauer und Produktivität**. Der US-Amerikaner FREDERICK W. TAYLOR (1856–1915) begründete mit dem Begriff «Scientific Management» ein Prinzip rationaler Prozesssteuerung von Arbeitsabläufen²⁹. Weniger bekannt ist der deutsche Arbeitspsychologe OTTO LIPMANN. In seinem 1924 bzw. 1926 erschienen Werk «Das Arbeitszeitproblem» war es ihm ein Anliegen, dass das Thema «aus der Sphäre des politischen Streites entfernt und auf das Niveau wissenschaftlicher Erörterung gehoben werde»³⁰. Es ist wohl nicht vermessen zu behaupten, dass wir im psychischen Gesundheitsschutz heute weiter wären, wenn LIPMANNs wissenschaftliche Arbeit durch das Nazi-Regime nicht unterbunden worden wäre³¹. Er betonte neben dem wirtschaftlichen auch den kulturpolitischen Aspekt von Arbeit und Freizeit³², nämlich das Bedürfnis, Zeit für die Familie zu haben. Er warb um Verständnis, dass die Arbeitsdauer für «Angehörige solcher Erwerbsberufe, die nicht wohl zugleich als Neigungsberufe betrachtet werden können» ein Problem darstellt³³.

²⁷ LIPMANN, S. 5.

²⁸ S. oben Rz. 91.

²⁹ ULICH, Arbeitspsychologie, S. 8 ff.

³⁰ LIPMANN, S. 16.

³¹ LIPMANN konnte als Jude in Deutschland seine wirtschaftspsychologischen Forschungen nicht weiterführen. Er verpasste den Zeitpunkt zur Emigration und nahm sich 1932 das Leben, nachdem die «Zeitschrift für angewandte Psychologie» von den Nationalsozialisten verboten worden war und der SA angehörende Studenten sein Institut verwüstet hatten (VON ROSENSTIEL LUTZ, Lipmann Otto, in: Neue Deutsche Biographie 14, 1985, S. 645 f.).

³² LIPMANN, S. 7 f.

³³ LIPMANN, S. 9.

Die neuere Forschung beschäftigt sich mit dem Problem, dass trotz gesetzlicher Regelungen länger (meist nicht freiwillig³⁴) gearbeitet wird³⁵. In Betrieben, die ihr Personal z.B. mit Zielvereinbarungen ergebnisorientiert steuern und auf das Modell der sogenannten Vertrauensarbeitszeit setzen³⁶, werden Arbeitszeitvorschriften signifikant häufiger unterlaufen³⁷. Es liegen gesicherte Ergebnisse vor, dass mit **zunehmender Dauer** der wöchentlichen Arbeitszeit das Risiko für gesundheitliche und soziale Beeinträchtigungen deutlich steigt³⁸. Bei jenen Personen, die 11 Stunden oder mehr am Tag arbeiteten, war das Risiko, an einer ernsthaften Depression zu erkranken, doppelt so hoch wie bei jenen, die 7 bis 8 Stunden arbeiteten. Der Effekt blieb auch dann bestehen, wenn man sozioökonomische Faktoren oder den Lebensstil der Beteiligten berücksichtigte³⁹. Auch die jüngste schweizerische Stressstudie ergab, dass sich Arbeitnehmende deutlich häufiger gestresst fühlen je häufiger sie mehr als 10 Stunden und je öfter sie in der Freizeit gearbeitet haben⁴⁰.

Aus juristischer Optik ist dies hauptsächlich ein **Vollzugsproblem**⁴¹. Die materiellen Bestimmungen von Art. 17 ff. ArG würden aus Sicht des Gesundheitsschutzes grundsätzlich genügen⁴². Verbesserungen wären möglich durch Erweiterung des Geltungsbereichs⁴³ und Reduktion der Ausnahmen⁴⁴.

³⁴ BELL DAVID/OTTERBACH STEFFEN/SOUSA-POZA ALONSO, Work Hours Constraints and Health, Institute for the Study of Labor (IZA) Discussion Paper Nr. 6126, Bonn 2011; GREBNER u.a., S. 71.

³⁵ Zwischen 2006 und 2011 ist in der Schweiz die tatsächliche wöchentliche Arbeitszeit der Vollzeit-Arbeitnehmenden um 9 Minuten auf 41 Stunden und 28 Minuten gestiegen. Die Erhöhung geht auf eine Verringerung der Absenzendauer (–5 Minuten auf 1 Stunde und 32 Minuten) und eine Zunahme der Überstunden (+7 Minuten auf 1 Stunde und 14 Minuten) zurück. Diese zwei Komponenten haben die Abnahme der vertraglich festgelegten wöchentlichen Arbeitszeit (–4 Minuten auf 41 Stunden und 46 Minuten) mehr als kompensiert (BFS, SAKE und Arbeitsvolumenstatistik, Medienmitteilung 18.6.2012).

³⁶ DORSEMAGEN u.a., S. 21 f.; ULICH, Arbeitspsychologie, S. 618; ULICH/WIESE, S. 77 f.; Dazu auch unten Rz. 685.

³⁷ AHLERS, S. 21; DUNKEL u.a., S. 361; FUNK, S. 134.

³⁸ DORSEMAGEN u.a., S. 17; GREBNER u.a., S. 38 f.; PETERMANN/STUDER, S. 763; TIESTE, Überarbeitung, S. 37 ff.; TIESTE, Stress, S. 115 ff.; ULICH/WIESE, S. 117 ff.; WIRTZ, passim und Zusammenfassung, S. 204.

³⁹ VIRTANEN MARIANNA/STANSFELD STEPHEN A./FUHRER REBECCA/FERRIE JANE E./KIVIMÄKI MIKA, Overtime Work as a Predictor of Major Depressive Episode – A 5-Year Follow-Up of the Whitehall II Study, PLoS ONE 7/1, 2012, S. 5.

⁴⁰ GREBNER u.a., S. 25.

⁴¹ Bei immerhin 16,7% der Schweizer Beschäftigten wird die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung missachtet (DORSEMAGEN u.a., S. 11); SENTI, Überstunden, S. 380; Oben Rz. 160. KRIEGER/PEKRUHL/LEHMANN/GRAF, S. 87 f.

⁴³ Oben Rz. 123 f.

2. Obergrenze aufgrund von Art. 6 ArG

- 289 Bei Betrieben und Arbeitnehmenden, welche vom Schutzbereich der Vorschriften über **Arbeits- und Ruhezeiten** gem. Art. 9 ff. ArG **ausgenommen** sind und nur Art. 6 ArG unterstehen⁴⁵, stellt sich noch die Frage, ob und wie eine Konkretisierung ihrer zeitlichen Belastung zu bewerkstelligen ist. Bei den ausgenommenen Betrieben (öffentliche Verwaltung inkl. Bildungs- und Gesundheitswesen) handelt es sich nämlich ausgerechnet um solche, deren Mitarbeitende regelmässig durch hohe psychische Belastungen und Beanspruchungsfolgen auffallen; das gilt auch für höhere leitende Angestellte⁴⁶. Eine Konkretisierung von Art. 6 ArG bezüglich zeitlicher Belastung könnte den Schutz dieser Arbeitnehmenden verbessern⁴⁷.
- 290 Das Bundesgericht hielt fest⁴⁸, es sei zwischen den teils sozialpolitisch motivierten Arbeitszeitvorschriften des ArGs und dem Gesundheitsschutz nach Art. 6 ArG zu unterscheiden. Art. 6 ArG würde es aber erlauben, Massnahmen gegen offensichtlich **missbräuchliche Arbeitszeiten** zu treffen; eine wöchentliche Arbeitszeit von 100 Stunden würde Art. 6 ArG jedenfalls widersprechen. Da es «rechtspolitisch unerfreulich» ist, dass sich Schutzmassnahmen im Einzelfall aufgrund des richterlichen Ermessens konkretisieren⁴⁹, sollte diese Missbrauchsgrenze in einem bestimmten Verhältnis (z.B. 150%) der vertraglichen Arbeitszeit fixiert werden⁵⁰. Damit wäre der Schutz von Teilzeitarbeitnehmenden mit Rücksicht auf ihre übrigen Tätigkeiten angemessen gewährleistet, was bei einer stundenmässigen wöchentlichen oder jährlichen Obergrenze nicht möglich ist. Eine Ergänzung liesse sich am besten in Art. 3a ArG in einem neuen Abs. 2 unterbringen:

In den Betrieben gem. lit. a und für die Arbeitnehmenden gem. lit. b und c dürfen die vertraglich vereinbarten Arbeitszeiten nicht um mehr als die Hälfte überschritten werden.

⁴⁴ Art. 22 ff. ArGV1 und ArGV2.

⁴⁵ Oben Rz. 122.

⁴⁶ BREGNARD-LUSTENBERGER, S. 259; MÜLLER ROLAND A., Art. 3 Abs.1d ArG N 1.

⁴⁷ Bei den höheren leitenden Angestellten könnte man auf diesen öffentlichrechtlichen Schutz verzichten einerseits zur Vermeidung von Vollzugsproblemen, andererseits aus der Überlegung, dass sie i.d.R. genügend grosse Verhandlungsmacht besitzen, um gesundheitsförderliche Arbeitsbedingungen auszuhandeln (VERSTEYL, S. 124).

⁴⁸ BGer vom 14.6.2002 2A.407/2001, E. 5.2.

⁴⁹ REHBINDER/StÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 19.

⁵⁰ Das Personalgericht des Kantons Aargau hat im Entscheid vom 28.4.2005, E. II/5 (AGVE 2005, S. 503–512) in Anwendung von Art. 6 ArG eine wöchentliche Arbeitszeit von 65 Stunden für einen Assistenzarzt nicht beanstandet.

II. Lage der Arbeitszeit

Nacht-, Sonntags- und Schichtarbeit sind als physisch und psychisch belastende Arbeitszeiten bekannt⁵¹ und haben auch eine gesetzliche Beschränkung im ArG gefunden⁵². Im vorliegenden Zusammenhang ist jedoch ganz generell die **Unregelmässigkeit** der Arbeitszeit als Belastungsfaktor aufzuführen⁵³. Auf den ersten Blick scheinen sich bei flexiblen Arbeitszeiten die Bedürfnisse der Firmen nach dem Personaleinsatz je nach Arbeitsanfall⁵⁴ zu decken mit den Bedürfnissen der Arbeitnehmenden, Arbeit und Privatleben besser aufeinander abzustimmen⁵⁵. Aus der Sicht des psychischen Gesundheitsschutzes könnte hingegen eine gewisse Regelmässigkeit und Konstanz geboten sein⁵⁶. Dazu liegen jedoch zu wenig gesicherte Erkenntnisse vor⁵⁷. 291

Deutlicher als Problem erkannt ist die **Entgrenzung** der Arbeitszeit. In der Schweiz hatten 2005 schon 45% der Arbeitnehmenden keine täglich festen Arbeitszeiten⁵⁸. Betriebe, die Arbeitnehmende mit Zielvereinbarungen steuern, blenden das Thema Zeit weitgehend aus⁵⁹. Die neuen Technologien ermöglichen es, die Arbeit auch ausserhalb des Betriebes auszuführen (Telear- 292

⁵¹ EN ISO 10075–2, Ziff. 4.2.3; TIESTE, Stress, S. 120 f.; ULICH, Arbeitspsychologie, S. 673 ff.; ULICH, Psychische Gesundheit, S. 27. MERKUS SUSANNE L. u.a., The association between shift work and sick leave – a systematic review, in: Occupational and Environmental Medicine, 69/2012, S. 701–712.

⁵² Zu erörtern, ob diese aus gesundheitlicher Sicht genügen, würde hier zu weit führen.

⁵³ Gemäss Angaben des SAKE waren im Jahr 2011 in der Schweiz rund 58% der Erwerbstätigen in starren Arbeitszeitmodellen angestellt, 15,7% mit gleitenden Arbeitszeiten und Blockzeiten. 16,4% arbeiteten einzig aufgrund einer vorgegebenen Arbeitszeit (Wochen-, Monats- oder Jahresarbeitszeit) ohne Vorgabe bezüglich der Lage und 9,2% der Erwerbstätigen arbeiteten ganz ohne formale Vorgaben (www.bfs.admin.ch).

⁵⁴ HIRSIGER, Rz. 38; ULICH, Arbeitspsychologie, S. 612 ff.

⁵⁵ DORSEMAGEN u.a., S. 26 ff.; HIRSIGER, Rz. 67. S.a. ANDRESEN MAIKE, Das (Un-) Glück der Arbeitszeitfreiheit – Eine ökonomisch-psychologische Analyse und Bewertung, Wiesbaden 2009.

⁵⁶ DORSEMAGEN u.a., S. 17; REHBINDER, Psychologie des Arbeitsrechts, S. 20; ULICH, Psychische Gesundheit, S. 27; WIRTZ, S. 198 f.; auch HELL DANIEL, Die Herrschaft der Zeit, in NZZ vom 28.7.12, S. 60; JANSSEN DANIELA/NACHREINER FRIEDHELM, Auswirkungen flexibler Arbeitszeiten in Abhängigkeit von ihrer Vorhersehbarkeit, in: Gesellschaft für Arbeitswissenschaft (Hrsg.), Bericht über den 51. Kongress der Gesellschaft für Arbeitswissenschaft, Personalmanagement und Arbeitsgestaltung, Dortmund 2005, S. 305–308.

⁵⁷ AHLERS, S. 15; PÄRLI/HUG, S. 5; SCHWANINGER/KRIEGER/GRAF, S. 32.

⁵⁸ GRAF u.a., S. 36.

⁵⁹ DUNKEL u.a., S. 358 f.; KÄMPF/BOES/TRINKS, S. 138.

beit)⁶⁰. Dies führt dazu, dass auch die Unternehmen eine ständige Verfügbarkeit erwarten⁶¹. Der Gesundheitsschutz gebietet aber, dass Arbeitgebende hier stärker ihre Verantwortung wahrnehmen⁶². Dass es hier durchaus gangbare Wege gibt, zeigt z.B. der VW-Konzern: seit Beginn des Jahres 2012 wird nach Feierabend und an Wochenenden der Zugang zu E-Mails technisch blockiert. Offenbar wurde die Regelung von Vorgesetzten wie Mitarbeitenden als klares Zeichen verstanden, Erholungszeiten zu respektieren⁶³. Diese Idee könnte man für eine rechtliche Konkretisierung aufnehmen. Es wäre aber eine unnötige Wiederholung, denn aufgrund der aktuellen Rechtslage liegt die Verantwortung zur Einhaltung der Ruhezeiten bereits bei den Arbeitgebern. Sie müssten diese lediglich verstärkt wahrnehmen.

III. Erholungszeit

- 293 Die Erholungszeit ist als **Gegenstück** zur wöchentlichen Arbeitszeit im ArG normiert⁶⁴. Der minimale Anspruch auf Ferien ist für Arbeitnehmende in privaten Arbeitsverhältnissen im OR und für öffentlichrechtlich Angestellte im einschlägigen Personalrecht geregelt. Gemäss Art. 329a OR sind mindestens 4 Wochen (Jugendlichen bis zum 20. Altersjahr 5 Wochen) pro Jahr als Ferien zu gewähren. Im Durchschnitt liegen in der Schweiz aber die effektiv gewährten Ferienzeiten höher⁶⁵, zumal einige Gesamtarbeitsverträge Ferien über dem gesetzlichen Minimum vorschreiben.
- 294 Damit kurze Erholung auch in der Arbeitsumgebung möglich ist, sollten **Räume** zur Verfügung stehen, die Entspannung und Regeneration überhaupt ermöglichen, wie z.B. Pausenräume, in denen eine andere Körperhaltung als bei der Arbeit möglich ist. Insbesondere bei kognitiv und emotional anforde-

⁶⁰ Dazu: GOBELI STEFAN/KRAUSE ANDREAS/SCHULZE HARTMUT, Ergonomische und gesundheitliche Aspekte eines Home Office Arbeitsplatzes, in: Zwischen Produktivität und Lebensqualität, Zürich 2011; ULICH/WIESE, S. 133 ff.

⁶¹ VON KAENEL, S. 3.

⁶² DASER/KERSCHGENS, S. 63; TIESTE, Stress, S. 122 ff.; VON KAENEL, S. 4 ff.; ULICH/WIESE, S. 139.

⁶³ HORST NEUMANN, Personalvorstand von VW in einem Interview im Manager Magazin (Hamburg), 6/2012, S. 112.

⁶⁴ Rz. 121.

⁶⁵ Die Anzahl Ferienwochen der Vollzeit-Arbeitnehmenden haben gemäss SAKE zwischen 2006 und 2011 von 4,9 auf 5,0 Wochen pro Jahr leicht zugenommen. Damit setzt sich die seit 15 Jahren beobachtete steigende Tendenz fort (4,6 Wochen im Jahr 1996). Die ältesten (50–64 Jahre: 5,5 Wochen im Jahr 2011) und die jüngsten (15–19 Jahre: 5,2 Wochen) Arbeitnehmenden verfügen über mehr Ferien als die 20- bis 49-Jährigen (4,8 Wochen).

rungsreichen Arbeitsaufgaben sollten sich die Beschäftigten in sogenannte «Silent Rooms» zurückziehen können⁶⁶.

Die **Ausweitung der Erholungszeiten** könnte ein Mittel sein, um die Arbeitsbelastungen zu reduzieren⁶⁷. Nachdem das Schweizer Stimmvolk schon mehrmals eine Erhöhung der Erholungszeiten abgelehnt hat⁶⁸, scheint dies vorläufig kein gangbarer Weg für eine Verbesserung des Gesundheitsschutzes zu sein⁶⁹. Es fehlen auch wissenschaftliche Belege dafür, welche Belastungen in welchem Umfang auf diese Weise zu kompensieren sind, um Gesundheitsgefährdungen zu vermeiden⁷⁰. Ebenso wenig gesichert ist andererseits aber auch die Befürchtung des Bundesrates, dass mit einem Zwang zu sechs Wochen Ferien die physische und psychische Belastung am Arbeitsplatz weiter zunimmt⁷¹. 295

Viel zu wenig Beachtung geschenkt wird der **«freiwilligen» Reduktion** des Arbeitspensums aus gesundheitlichen bzw. präventiven Gründen⁷². Wenn sich Arbeitnehmende, allein um gesund zu bleiben, wegen (zu) hohen Arbeitsanforderungen gezwungen sehen, ihr Pensum zu reduzieren, hat der Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz versagt. Es scheint aber noch niemand dieses Phänomen untersucht zu haben⁷³. Seit 1991 ist die Teilzeitarbeit gestiegen⁷⁴ und zwar ganz deutlich auch in Führungsfunktionen⁷⁵. Es arbeiten nach den neusten Zahlen⁷⁶ 13,5% der Männer mit einem Beschäftigungsgrad von we- 296

⁶⁶ ULICH/WIESE, S. 194 f.

⁶⁷ VAHLE-HINZ/BAMBERG, S. 330.

⁶⁸ Die Volksinitiative «für eine Verlängerung der bezahlten Ferien» ist am 10.3.1985 mit 65,2% abgelehnt worden (BB1 1985 I, S. 553). Drei Viertel der Stimmenden sprachen sich 2002 an der Urne gegen eine Begrenzung der Jahresarbeitszeit auf 1872 Stunden aus (BB1 2002, S. 3690). Ebenfalls mit 66,5% der Stimmen wurde die Volksinitiative «6 Wochen Ferien für alle» am 11.3.2012 abgelehnt (BB1 2012, S. 6624).

⁶⁹ GEMPERLI SIMON, Weder Ober- noch Untergrenzen, Die Volksinitiativen für staatlich festgelegte Löhne führen ins Abseits, in NZZ vom 24.1.12, S. 20.

⁷⁰ ULICH/WIESE, S. 185 ff. Im Südtirol ist 1999 ein «psychophysischer Erholungsurlaub» für Pflegepersonal eingeführt worden. Die Umsetzung und Wirksamkeit ist aber nach wie vor umstritten (Bericht einer Podiumsdiskussion in: Altenbetreuung, Forum der Altenarbeit in Südtirol, Nr. 2/2010, S. 20).

⁷¹ Botschaft des BR zur Volksinitiative «6 Wochen Ferien für alle» (Gesch.-Nr. 10.057) vom 18.6.2010, BB1 2010, S. 4672.

⁷² DUNKEL u.a., S. 361; KNUTTI, S. 11; ULICH/WIESE, S. 119 ff.

⁷³ ULICH, Arbeitspsychologie, S. 609 ff.

⁷⁴ BFS, Teilzeitarbeit, S. 9.

⁷⁵ Der Anstieg betrug mehr als das Doppelte, nämlich 111%. Die Zunahme bei den übrigen Arbeitnehmenden belief sich auf lediglich 21% (BFS, Teilzeitarbeit, S. 12).

⁷⁶ Die Zahlen beziehen sich auf das Jahr 2011 (www.bfs.admin.ch).

niger als 90% eines vollen Pensums; bei den Frauen sind 57,8% Teilzeiterwerbstätig.⁷⁷ Als Gründe dafür geben sie Familie, Ausbildung oder «Krankheit oder Behinderung» sowie Stellenmarkt an⁷⁸. Von den 1,258 Millionen Teilzeiterwerbstätigen gaben 177'000 Personen (21'000 Männer und 156'000 Frauen) ohne weitere Präzisierung an, nicht Vollzeit arbeiten zu wollen. Weitere 126'000 Personen schliesslich hatten sich aus «anderen Gründen» für eine Teilzeiterwerbstätigkeit entschieden. Dies wird vom Bundesamt für Statistik in seinem Bericht getitelt mit: «Viele haben ganz einfach keine Lust, Vollzeit zu arbeiten»⁷⁹. Nicht bedacht wird, dass dahinter vielleicht die Entscheidung stehen könnte, die eigene Gesundheit schonen zu wollen bzw. zu müssen. Die Branchen, die durch hohe psychosoziale Belastungen auffallen, nämlich Erziehungs-, Gesundheits- und Sozialwesen, beschäftigen überwiegend Frauen. Der hohe Frauenanteil bei den Teilzeiterwerbstätigen verschleiern möglicherweise das Phänomen gesundheitsbedingter Pensumsreduktion⁸⁰. Hier (wie auch bei den Gründen für Frühpensionierungen⁸¹) besteht also noch Forschungsbedarf.

- 297 Auch ohne empirische Belege ist aus Sicht des arbeitsgesetzlichen Gesundheitsschutzes klar, dass die Arbeitsbelastung nur so hoch sein darf, dass sie mit einem **vollen Pensum** ohne gesundheitliche Beeinträchtigung bewältigt werden kann. Es muss eine schleichende Verlagerung der Verantwortung für den Gesundheitsschutz von den Arbeitgebenden auf die Arbeitnehmenden durch eigentlich ungewollte Pensumsreduktion (mit Lohneinbusse) verhindert werden. Es darf nicht zugelassen werden, dass Arbeitnehmende die Kosten mangelnder Prävention mit eigenen Einkommensverlusten tragen müssen.
- 298 Als aussagekräftiger Indikator für eine psychisch erträgliche Arbeitslast scheint sich die Antwort auf die Frage erwiesen zu haben, ob sich Arbeitnehmende vorstellen können, ihre Arbeit so wie sie zurzeit ist, **bis zu ihrer Pensionierung** ausüben zu können⁸². Dahinter steht die Überlegung, dass die Betriebe diesen langen Zeitraum im Auge behalten müssen, auch wenn dies ihrem häufig kurzfristigen Planungshorizont widerspricht. Sie dürfen nicht in Kauf nehmen, dass die Beschäftigten nach ein paar Jahren ausgelaugt und erwerbsunfähig geworden sind mit der Folge, dass die daraus entstanden

⁷⁷ Davon sind 32,3% mit einem Pensum zwischen 50 und 90% und 26% mit weniger als einem halben Erwerbspensum laut Angaben des Bundesamtes für Statistik.

⁷⁸ BFS, Teilzeitarbeit, S. 15 f.

⁷⁹ BFS, Teilzeitarbeit, S. 17.

⁸⁰ KNUTTL, S. 11.

⁸¹ SONNENBERG, S. 169 f. S.u. Rz. 298.

⁸² Ein seinerzeit in der DDR gut erprobtes Befragungsinstrument für psychische Fehlbelastungen wurde wegen dieser Frage vom Zentralkomitee der SED gestoppt mit der Begründung «im Sozialismus könne es keine Tätigkeiten geben, die nicht lebenslang auszuüben sind» (METZ, S. 146).

Kosten der Allgemeinheit aufgebürdet werden. Es ist mithin sicherzustellen, dass die Arbeitsbelastung nur so hoch sein darf, dass die Arbeit während der gesamten Aktivitätsphase ohne Gesundheitsbeeinträchtigungen ausgeübt werden kann⁸³. Heute ist neben der frühzeitigen Pensionierung der Gesundheitszustand der wichtigste Grund, weshalb sich ältere Arbeitnehmende vor Erreichen des ordentlichen Pensionierungsalters aus dem Erwerbsleben zurückziehen⁸⁴.

Im Sinne einer **Konkretisierung** könnte aufgrund der vorstehenden Ausführungen (die sowohl für physische wie für psychische Belastungen gelten) eine neue Verordnungsbestimmung (z.B. in Art. 2 ArGV3) lauten:

Die Arbeitsbedingungen sind so auszugestalten, dass für die Arbeitnehmenden der Schutz der Gesundheit gewährleistet ist auch bei Ausübung eines vollen Erwerbspensums über ihre gesamte Erwerbsdauer.

C. Physische Faktoren

Zu den Belastungsfaktoren, welche psychisch auf die Arbeitnehmenden einwirken, müssen auch äusserlich wahrnehmbare **physische Faktoren** gezählt werden⁸⁵. Die Expositionen gegenüber physischen und psychosozialen Risiken sind nämlich zum Teil miteinander verbunden. Jede sechste arbeitnehmende Person in der Schweiz ist gleichzeitig mindestens drei physischen und drei psychosozialen Risikofaktoren ausgesetzt, d.h. man kann nicht zwischen beruflicher Tätigkeit unterscheiden, die dem einen oder dem anderen Belastungsspektrum ausgesetzt sind⁸⁶. Tätigkeiten, wie z.B. diejenigen von Pflegekräften, die sowohl durch physische wie psychische Belastungen gekennzeichnet sind, fallen durch hohe Stresssymptome und Erkrankungsraten auf⁸⁷. Physische Belastungen sind auch heute noch an den Arbeitsplätzen weit verbreitet⁸⁸. Am häufigsten klagen Erwerbstätige in der Schweiz über Rückenschmerzen (18,1%) und Muskelschmerzen (13,1%). Danach folgen allgemeine Erschöpfung (11%), Reizbarkeit (6,1%), Kopfschmerzen (6,15%), Schlafstörungen (5,4%) und Angst (3,4%)⁸⁹.

⁸³ GERLMAIER, Ursachen, S. 79.

⁸⁴ Gem. SAKE sind 60% der Männer und 34% der Frauen im Alter von 58–64 bzw. 58–63 Jahren vorzeitig pensioniert. Von den verbleibenden Männern geben 24% und 18% der verbleibenden Frauen an, dass sie wegen gesundheitlichen Gründen keiner Erwerbstätigkeit nachgehen (KOLLY, S. 27).

⁸⁵ SECO, Anhang Wegleitung Art. 2 ArGV3, S. 302-A.

⁸⁶ BFS, Arbeit und Gesundheit, S. 4 und 13.

⁸⁷ GREBNER u.a., S. 74; JANSEN, S. 59 ff.; METZ, S. 149.

⁸⁸ KNUTTI, S. 17.

⁸⁹ SCHULER/BURLA, S. 63.

- 301 Die **gesetzliche Regelung** nimmt jedoch kaum Rücksicht darauf, dass die physischen und psychischen Faktoren bei der Arbeit meist untrennbar miteinander verknüpft sind⁹⁰ und sowohl zu Unfällen als auch Erkrankungen führen können⁹¹. Die physischen Faktoren, die nicht spezifisch als Unfallursachen gelten, werden in der ArGV3 in Art. 11 bis 25 bereits relativ ausführlich behandelt. Das Ziel der folgenden Ausführungen soll es sein, die Verordnung mit analogen Bestimmungen zu den psychischen Belastungen zu ergänzen.

D. Arbeitsaufgabe und Organisation

I. Arbeitstätigkeit

- 302 Arbeitsaufgaben bringen zwangsläufig mit sich, dass sie Anforderungen an die Ausübenden stellen. Gefordert zu sein und sich zu bewähren ist für Arbeitnehmende normalerweise eine Quelle der Befriedigung. Die grosse Bedeutung der Arbeit für die Entwicklung der Persönlichkeit wird deutlich, wenn man die negativen Folgen der Arbeitslosigkeit analysiert⁹². Um die Schutzbestimmungen bezüglich psychischer Belastungen konkretisieren zu können, interessiert nun jedoch, welche Arten von Arbeitstätigkeiten erfahrungsgemäss als **negativer Faktor** für ein psychisches Geschehen gelten. Die folgenden Ausführungen stützen sich auf die Ergebnisse der arbeitswissenschaftlichen Forschung. Sie werden nach einer eigenen Systematik im Hinblick auf eine rechtliche Normierung thematisch gegliedert.

1. Über- und Unterforderung

- 303 Als Faktoren mit negativem Effekt haben sich quantitative und qualitative Über- und Unterforderung erwiesen⁹³; Anforderungen also, die dem **individuellen Leistungsvermögen** widersprechen⁹⁴. «Überanstrengung» wurde

⁹⁰ OPPOLZER, S. 85.

⁹¹ Oben Rz. 40 ff.

⁹² ULICH, Arbeitspsychologie, S. 495 ff.

⁹³ LENHARDT/ROSENBROCK, S. 324 f.; UDRIS, S. 85 ff.; VOSS, S. 54.

⁹⁴ EU-OSHA, Fact sheet 22, 2002.

auch schon früh als Ursache für Fabrikunfälle erkannt⁹⁵. Das Leiturteil 2 ist ein Beispiel für eine erfolgreiche Haftungsklage wegen «surmenage»⁹⁶.

Gemäss Art. 6 Abs. 2 ArG sind «**Überbeanspruchungen**» zu vermeiden⁹⁷,
und Art. 2 ArGV3 auferlegt den Arbeitgebenden «dafür zu sorgen, dass ...
eine übermässig starke oder allzu einseitige Beanspruchung vermieden wird.»
Eine weitere Konkretisierung wäre hier nur möglich, wenn es objektive Mass-
stäbe für Unter- oder Überforderung gäbe. Dies ist jedoch nicht der Fall und
auch kaum für alle Arbeitnehmenden denkbar, da sowohl ihre Arbeitstätigkei-
ten wie auch ihre Leistungsvermögen so unterschiedlich sind, dass sie einer
konkreteren, generell abstrakten Schutznorm nicht zugänglich sind. Daher
bleibt nur noch, etwas deutlicher als heute zu formulieren:

Art und Menge der Arbeitsaufgaben sind jeder Arbeitnehmerin und jedem
Arbeitnehmer entsprechend dem individuellen Leistungsvermögen zuzutei-
len.

Denkbar wäre es hingegen, dass aufgrund von empirischen Forschungsdaten
für **bestimmte Arbeitstätigkeiten** Grenz- oder Richtwerte festgelegt werden
können⁹⁸. Ansätze dafür gibt es z.B. bei den Lehrberufen, bei denen aufgrund
der Anzahl Lektionen und der Klassengrössen die normalerweise zu bewälti-
gende Arbeitslast festgelegt wird. Aus Sicht des arbeitsgesetzlichen Schutzes
müssten maximale Werte definiert werden können, welche angesichts der
hohen Anzahl von Burnout-Fällen und häufigen Frühpensionierungen in die-
ser Branche⁹⁹ vermutlich nahe bei den heutigen Richtwerten lägen. Entspre-
chend gesicherte Daten fehlen hier jedoch, zumal noch viele andere Faktoren
für die Festsetzung solcher Werte zu berücksichtigen wären¹⁰⁰. Grundsätzlich
könnten auch für andere Berufe die maximale bzw. minimale Anzahl Kun-
den, Fälle, Patientinnen, Quadratmeter, Stückzahlen oder sonstige Arbeitser-
gebnisse (u.U. ergänzt durch weitere Faktoren) ermittelt werden, die einzu-
halten sind, um Über- bzw. Unterforderungen zu vermeiden und Arbeitsan-

⁹⁵ Seit 1879 wird als Kategorie «Überanstrengung» bei den Ursachen aufgeführt. Es ist jedoch nicht klar, ob dies als Überschreitung der Höchstarbeitszeiten zu verstehen ist, oder wie der Begriff interpretiert wurde. In der Metall- und Maschinenindustrie gingen in den Jahren 1882 bis 1900 über 39% und in der Textilindustrie 12% der Unfälle auf diese Ursachenkategorie zurück (LANDMANN, Tabelle XI).

⁹⁶ Oben Rz. 30 ff.

⁹⁷ Botschaft ArG, BBl 1960 II, S. 961; BEER, SJZ 1984, S. 91; HUG u.a., Kommentar, Art. 6–7 ArG N 11; LETSCH, Rz. 127; MÜLLER ROLAND A., Art. 6 Abs. 2 N 4; PORTMANN, Stresshaftung, S. 7.

⁹⁸ So weit wollte das SECO bei den Call-Centern nicht gehen und nahm hin, dass die *Arbeitgebenden* die Leistungsvorgaben «Bezogen auf Kunden pro Zeitspanne» setzen (oben Rz. 109).

⁹⁹ GREBNER u.a., S. 74; EU-OSHA, ESENER, S. 46; KUNZ HEIM/NIDO, S. 24 ff.

¹⁰⁰ WÜLSER, S. 174 ff.

forderungen überprüfbar zu machen. Aber auch hier sind bislang keine genügenden Daten verfügbar¹⁰¹.

2. Kognitive und emotionale Anforderungen

- 306 Als weiteres Problem wurde die Erledigung **mehrerer Aufgaben gleichzeitig** erkannt¹⁰², d.h. wenn Arbeitnehmende «viele Bälle gleichzeitig in der Luft halten» müssen¹⁰³. Es konnte nachgewiesen werden, dass die damit verbundene Überflutung mit Informationen die Verarbeitungskapazität des Gehirns übersteigt und zu psychischen Beeinträchtigungen der Betroffenen führen kann¹⁰⁴.
- 307 Dieselbe Wirkung können häufige, unfreiwillige **Unterbrechungen** haben, die ein «fragmentiertes Arbeiten» erzwingen¹⁰⁵. Dies ist eine Belastung, denen fast die Hälfte der Erwerbstätigen in der Schweiz häufig oder sehr häufig ausgesetzt ist¹⁰⁶. Unterbrechungen stellen den am häufigsten berichteten Belastungsfaktor dar¹⁰⁷, so dass er als solcher auch allgemein anerkannt ist¹⁰⁸. Durch Festsetzen von Blockzeiten, in denen ungestörtes Arbeiten ermöglicht wird, könnte wohl bei den meisten Arbeiten die Belastung durch Unterbrechungen reduziert werden¹⁰⁹.
- 308 Zu hohe **Komplexität** einer oder mehrerer Aufgaben (z.B. Projekte)¹¹⁰ und hohe Anforderungen an die Variabilität müssen zudem als gefährdende Fak-

¹⁰¹ Es gibt aber vorbereitende Studien, wie z.B. WÜLSER (zu Berufen im Spitalbereich und Lehrkräften, m.w.H.) oder LOVE PETER E.D. u.a., Burnout and sense of coherence among residential real estate brokers, in: Safety Science 49/2011, S. 1297–1308; S. auch eine Zusammenstellung untersuchter Berufstätigkeiten bei DEMEROUTI, S. 54.

¹⁰² EN ISO 10075–2, Ziff. 4.2.2.11; OPPOLZER, S. 78 m.w.H. und auch das SECO im Merkblatt für Call-Center (oben Rz. 109).

¹⁰³ KÄMPF/BOES/TRINKS, S. 98.

¹⁰⁴ ULICH, Arbeitspsychologie, S. 488 und 553 ff.

¹⁰⁵ OPPOLZER, S. 78.; eingehend BAETHGE ANJA/RIGOTTI THOMAS, Arbeitsunterbrechungen und Multitasking – Ein umfassender Überblick zu Theorien und Empirie unter besonderer Berücksichtigung von Altersdifferenzen, Dortmund 2010 (auf www.baua.de).

¹⁰⁶ GREBNER u.a., S. 31; Ähnlich KRIEGER/PEKRUHL/LEHMANN/GRAF, S. 35 ff. und 43 f.

¹⁰⁷ GREBNER u.a., S. 31; VANIS/KÄLIN, S. 28.

¹⁰⁸ GERLMAIER, Lebensphasen, S. 164; RICHTER/NEBEL/WOLF, S. 268; UDRIS, S. 85 ff.; ULICH, Arbeitspsychologie, S. 126 ff.; SECO, Anhang Wegleitung Art. 2 ArGV3, S. 302-E.

¹⁰⁹ GERLMAIER/LATNIAK, S. 126.

¹¹⁰ GERLMAIER, Ursachen, S. 7.

toren beachtet werden¹¹¹. Ständig hohe **Konzentrationsanforderungen** werden ebenfalls als Ursache negativer psychischer Belastung genannt¹¹².

Fachleute aus 13 EU-Mitgliedsstaaten gaben bei einer Erhebung der zehn wichtigsten psychosozialen Risiken «hohe **emotionale Anforderungen** bei der Arbeit» an vierter Stelle an¹¹³. Bei der letzten Stressstudie des SECOs fiel auf, dass Befragte aus dem Erziehungs-, Gesundheits- und Sozialwesen häufiger als der Durchschnitt der Schweizer Erwerbstätigen (21%) angeben, bei der Arbeit emotional verbraucht zu sein¹¹⁴. Im Gegensatz zu Erwerbstätigen in anderen Wirtschaftszweigen, ist es Teil ihrer Arbeit Emotionen zu zeigen und auf solche zu reagieren, und sie sind häufig mit persönlichem Leid und sozialen Konflikten konfrontiert¹¹⁵.

In vielen Berufen machen gerade die kognitiven oder emotionalen Anforderungen den Reiz der Arbeit aus. Dies lässt aber nicht darüber hinweg täuschen, dass Psyche und Hirn **Erholungszeiten** brauchen¹¹⁶. Dem entsprechend hat auch das SECO für die Call-Center zusätzliche Erholungspausen empfohlen¹¹⁷. Werden diese betriebsintern im Voraus (z.B. bei der Erteilung eines Projektauftrages oder der Arbeitszuteilung) schriftlich festgesetzt, wird eine solche Gesundheitsschutzmassnahme justiziabel. Die Arbeitnehmenden sind aber auch in der Pflicht, ihre Arbeiten entsprechend zu strukturieren und die Erholungszeiten einzuhalten.

Es ist dafür zu sorgen, dass Arbeitsunterbrechungen und das Erledigen mehrerer Aufgaben gleichzeitig möglichst vermieden werden. Ist dies nicht möglich, oder sind Aufgaben mit hoher Komplexität, ständiger Konzentration oder mit hohen emotionalen Anforderungen auszuführen, sind vom Betrieb störungsfreie Zeiträume und dafür geeignete Räume oder zusätzliche Erholungszeiten vorzusehen.

¹¹¹ RICHTER/NEBEL/WOLF, S. 268.

¹¹² RICHTER/NEBEL/WOLF, S. 268.

¹¹³ Nach Arbeitsplatzunsicherheit, alternde Erwerbsbevölkerung und Intensivierung der Arbeit (OSHA, Expert forecast on new and emerging psychosocial risks related to occupational safety and health: Office for Official Publications of the European Communities (Hrsg.), Luxemburg 2007).

¹¹⁴ GREBNER u.a., S. 74.

¹¹⁵ WÜLSER, S. 16 f.

¹¹⁶ LENHARDT/ROSENBROCK, S. 324 f.; ULICH, Arbeitspsychologie, S. 478; ULICH/WIESE, S. 64.

¹¹⁷ Rz. 110.

II. Zeitdruck

- 311 Hoher Zeitdruck hat zwei Aspekte: Arbeiten mit **hohem Tempo** und **Termindruck**¹¹⁸. Man muss mehr Information in kürzerer Zeit aufnehmen und verarbeiten¹¹⁹. Das ist häufig auch gemeint, wenn von «Stress» die Rede ist¹²⁰. Die ungünstigen Folgen von chronischem Zeitdruck werden seit langer Zeit erforscht. Zu solchen Belastungsfolgen zählen beispielsweise Gereiztheit, Erschöpfung und psychosomatische Beschwerden wie Schlafstörungen, Rückenschmerzen, Kopfschmerzen, Depressivität und reduzierte Arbeitszufriedenheit¹²¹.
- 312 Die **Arbeitsverdichtung** und Arbeitsintensität, die sich in hohem Zeitdruck äussert¹²², ist für die Arbeitnehmenden in den letzten Jahrzehnten zu einem immer grösseren Problem geworden¹²³. Arbeitnehmende sehen ihre Arbeitssituation als «sich immer schneller drehendes Hamsterrad»¹²⁴. Im Jahr 2005 gaben schon 72% und im Jahr 2010 85% der Schweizer Erwerbstätigen an, mindestens ein Viertel der Arbeitszeit mit hohem Tempo zu arbeiten. Und 2010 arbeiteten 43% der Schweizer Erwerbstätigen chronisch, d.h. drei Viertel bis die ganze Zeit, mit hohem Tempo¹²⁵. Ähnliche Werte ergaben sich auch bei Staatsanwälten und Richtern¹²⁶.
- 313 Als Faktoren, welche zu psychosozialen Risiken beitragen, messen Manager gemäss der ESENER-Studie dem «Zeitdruck» den **höchsten Stellenwert** zu (52% gesamthaft; 64% der Befragten in der Schweiz)¹²⁷. Je häufiger sie unter Zeitdruck arbeiten, desto häufiger fühlen sie sich gestresst¹²⁸. Bei Erwerbstätigen, welche höherem Zeitdruck ausgesetzt sind, ist der Anteil der häufig oder sehr häufig Gestressten beinahe doppelt so gross (66%) als bei Personen, die unter weniger Zeitdruck arbeiten (34%)¹²⁹.

¹¹⁸ EN ISO 10075–2, Ziff. 4.2.2.29: «Zeitwänge können zu Abkürzungen in der Aufgabenausführung führen und dadurch zu Fehlern ... Ein derartiger Zeitdruck sollte daher vermieden werden».

¹¹⁹ GERLMAIER, Ursachen, S. 72; GREBNER u.a., S. 32.

¹²⁰ Dazu jedoch oben Rz. 273 ff.

¹²¹ GREBNER u.a., S. 32.

¹²² DUNKEL u.a., S. 357; PORTMANN, Stresshaftung, S. 3.

¹²³ BLUDAU-HOFFMANN u.a., S. 381; HANDRICH, S. 11; KÄMPF/BOES/TRINKS, S. 100; RICHTER/NEBEL/WOLF, S. 268.

¹²⁴ KÄMPF/BOES/TRINKS, S. 98.

¹²⁵ GREBNER u.a., S. 32; Ähnliche Zahlen für Deutschland in OPPOLZER, S. 76.

¹²⁶ LUDEWIG REVITAL/DE MATTEIS BIANCA, Haben es Staatsanwälte schwerer als Richter? in: *forumpoenale* 4/2011, S. 238–244.

¹²⁷ EU-OSHA, ESENER, S. 42.

¹²⁸ GREBNER u.a., S. 25.

¹²⁹ GREBNER u.a., S. 34.

Der Druck, in möglichst kurzer Zeit möglichst viel zu leisten, kann sich auch als **Kostendruck** äussern¹³⁰. Diese Folge der zunehmenden Ökonomisierung betrifft auch den Non-Profit-Bereich¹³¹. In Betrieben, die mit Zielvorgaben führen, ist der Zeitdruck signifikant höher¹³². Psychisch belastend ist nicht nur der reine Zeit- und Kostendruck, sondern auch, dass die Beschäftigten dadurch gezwungen werden, professionelle Standards sukzessive abzusinken¹³³.

Als Massnahme drängt sich zwar auf, den **Personalbestand** so aufzustocken, dass der offensichtlich gesundheitsschädliche Zeitdruck reduziert wird, wie dies auch PORTMANN vorschlägt¹³⁴. Hier bestehen dann jedoch grosse Zielkonflikte zwischen dem Gesundheitsschutz der Arbeitnehmenden und der Wettbewerbsfähigkeit des Betriebes¹³⁵. Aus Sicht des Gesundheitsschutzes könnte formuliert werden:

Art und Menge der Arbeitsaufgaben sind so zuzuteilen, dass die Arbeitnehmenden nicht ständig oder über lange Zeit unter hohem Zeitdruck arbeiten müssen.

III. Unzureichende Arbeitsmittel und Informationen

Von aussen betrachtet scheinen es manchmal banale Faktoren zu sein, die psychisch belasten. Dazu mögen fehlende oder unzureichende **Arbeitsmittel** zählen¹³⁶. Filmchen im Internet mit Ausrastenden, die ihren Computer aus Wut zertrümmern, scheinen vielen Arbeitnehmenden zu helfen, ihre Gefühle zu sublimieren, sonst würden sie nicht so zahlreich angeklickt. Der allmorgendliche Kampf um einen Schreibtisch bei «Desk-Sharing» im Grossraumbüro erfordert eine «Ellenbogenmentalität», der sich nicht alle gewachsen

¹³⁰ BOES/KÄMPF/TRINKS, S. 39; GERLMAIER/LATNIAK, S. 8.

¹³¹ HANDRICH, S. 11.

¹³² Hoher Zeitdruck wird in 79% «Zielvorgaben-Betrieben» genannt, aber nur in 67% im Durchschnitt aller Betriebe (AHLERS, S. 18).

¹³³ HANDRICH, S. 12. Mehr dazu unten Rz. 327.

¹³⁴ Urteil CAPH GE vom 4.2.2008, JAR 2009, S. 507–511, S. 511 (Arbeitsüberlastung wegen chronischem Personalmangel im Betrieb); PORTMANN, Stresshaftung, S. 8 f.; Sinngemäss auch PETERMANN/STUDER, S. 763; SCHNEIDER J.-A., S. 300.

¹³⁵ Dazu unten Rz. 537 ff.

¹³⁶ SECO, Anhang Wegleitung zu Art. 2 ArGV3, S. 302-E; GERLMAIER, Ursachen, S. 61 f.; LENHARDT/ROSENBROCK, S. 325.

sehen¹³⁷. Immerhin 16% der Schweizer Erwerbstätigen berichten über regelmässige bzw. chronische Probleme mit unzureichenden Arbeitsmitteln¹³⁸.

- 317 Zu unzureichenden Arbeitsmitteln können auch Arbeitsräume bzw. die gesamte **Arbeitsumgebung** gezählt werden, wenn sie der Art der Arbeitsaufgabe nicht entsprechen¹³⁹. Dazu gehören z.B. störende Einflüsse wie Geräusche¹⁴⁰ bei Tätigkeiten mit hohen Konzentrationserfordernissen¹⁴¹. Wenn die Arbeit erfordert, dass Erholungspausen eingefügt werden, müssen auch Räume zur Verfügung stehen, die Erholung überhaupt erlauben¹⁴².
- 318 Es kann aber auch negativ belasten, wenn **Wissen** und Anleitung für die konkreten Arbeitsaufgaben fehlen. Projektarbeit und zielorientierte Steuerung bringen es oft mit sich, dass die Arbeitgebenden der Einarbeitung neuer Mitarbeitender zu wenig Beachtung schenken¹⁴³. Beschäftigte sollten heutzutage flexibel sein¹⁴⁴ und ein möglichst breites Tätigkeitsfeld abdecken¹⁴⁵. Wie die wissenschaftliche Auswertung der Beobachtungen von Supervisorinnen und Supervisoren zeigt, ist es eine Quelle psychischer Belastungen, wenn sich Arbeitnehmende eine breite, aber oft oberflächliche Wissensbasis selbständig aneignen müssen oder gezwungen sind, Kompetenz in einem bestimmten Tätigkeitsfeld darzustellen, obwohl diese nur oberflächlich vorhanden ist¹⁴⁶.
- 319 In einer von Wissen und Technologie geprägten Arbeitswelt gehören **Informationen** ebenfalls zur Ausstattung für die Ausübung der Tätigkeit. Hier kann ein Zuviel und ein Zuwenig an Informationen psychisch belasten¹⁴⁷. Zu gesundheitsgerechten Arbeitsbedingungen gehört aber auch, dass für die Mitarbeitenden Transparenz und Einflussmöglichkeiten hinsichtlich betrieblicher Entscheidungen und Abläufe gegeben sind¹⁴⁸.

¹³⁷ ULICH, Arbeitspsychologie, S. 588 ff.; Leserinnenbrief einer klinischen Psychologin über die Probleme ihrer Patientinnen und Patienten in der NZZ vom 17.2.2012, S. 22.

¹³⁸ GREBNER u.a., S. 40.

¹³⁹ GERLMAIER, Ursachen, S. 61 f.

¹⁴⁰ Konzentriertes Arbeiten wird nicht erst bei «Lärm» gestört, sondern bereits durch akustische Reize weit unter den Grenzwerten für physisch schädlichen Lärm.

¹⁴¹ UDRIS, S. 85 ff.

¹⁴² GERLMAIER/LATNIAK, S. 126. S. auch oben Rz. 294.

¹⁴³ GERLMAIER, Lebensphasen, S. 175 f.

¹⁴⁴ REHBINDER, Psychologie des Arbeitsrechts, S. 20.

¹⁴⁵ GERLMAIER, Ursachen, S. 71.

¹⁴⁶ HANDRICH, S. 14.

¹⁴⁷ OPPOLZER, S. 78 m.w.H.

¹⁴⁸ LENHARDT/ROSENBROCK, S. 325; S. folgenden Abschnitt.

Die vorstehenden Ausführungen können in eine wie folgt formulierte **Bestimmung** münden¹⁴⁹: 320

Den Arbeitnehmenden sind die Arbeitsumgebungen, Sachmittel, Zeit für Wissenserwerb und Informationen für die Erledigung ihrer Arbeit zur Verfügung zu stellen, die den spezifischen Anforderungen an die Arbeitstätigkeit optimal entsprechen und die Arbeitnehmenden weder kognitiv noch emotional übermässig belasten.

Zu erinnern ist hier daran, dass Arbeitnehmende bereits nach **geltendem Recht** hinsichtlich der Gesundheitsvorsorge zu *informieren*, zu *instruieren* und zu *überwachen* sind (Art. 5 und 9 ArGV3). Interne Präventionsbeauftragte sind fachspezifisch aus- und weiterzubilden und klar zu instruieren (Art. 7 Abs. 2 ArGV3). 321

IV. Fehlender Handlungs- und Entscheidungsspielraum

Nach dem «Anforderungs-Kontroll-Modell» von KARASEK und THEORELL¹⁵⁰ wirkt sich bei einer Arbeitstätigkeit die Kombination von (quantitativ) hoher Anforderung und niedrigem **Handlungs- und Entscheidungsspielraum** negativ aus¹⁵¹. Verbesserungen sollen diesbezüglich mit sogenanntem «Partizipativem Management» erreicht werden¹⁵². Ein grosser persönlicher Handlungs- und Entscheidungsspielraum ist ein wesentlicher Faktor der Arbeitszufriedenheit¹⁵³. Schweizer Beschäftigte haben einen grösseren Handlungsspielraum und mehr soziale Unterstützung bei der Arbeit als die meisten Beschäftigten in der EU¹⁵⁴. 322

Der fehlende Handlungsspielraum ist bei Fließbandarbeit und getakteter Arbeit offensichtlich und lässt sich nur beschränkt unter Beibehaltung dieser Arbeitsform erweitern, z.B. durch Bildung von Gruppen¹⁵⁵. Neue Management-Methoden haben durch die Vorgabe von Zielen den Arbeitnehmenden mehr Spielräume eingeräumt, wann und wie sie ihre Aufgaben erledigen¹⁵⁶. Nun zeigt die Entwicklung, dass auch dies nicht ohne Nachteil ist¹⁵⁷. Man 323

¹⁴⁹ Analog dürfen gem. Art. 24 ff. VUV nur Arbeitsmittel eingesetzt werden, welche die Sicherheit und die Gesundheit nicht gefährden.

¹⁵⁰ Oben Rz. 259.

¹⁵¹ SIEGRIST/KNESEBECK, S. 231; ULICH, Arbeitspsychologie, S. 490 f.

¹⁵² DORSEMAGEN u.a., S. 36; GRAF u.a., S. 23; PEKRUHL ULRICH, Partizipatives Management, Konzepte und Kulturen, München und Mehring 2001.

¹⁵³ GREBNER u.a., S. 7; LENHARDT/ROSENBROCK, S. 324 f.; METZ, S. 149; RICHTER, S. 5; SECO, Anhang Wegleitung Art. 2 ArGV3, S. 302-E.

¹⁵⁴ KRIEGER/PEKRUHL/LEHMANN/GRAF, S. 57 ff.

¹⁵⁵ ULICH, Arbeitspsychologie, S. 222 ff.

¹⁵⁶ ULICH, Arbeitspsychologie, S. 203 ff.

¹⁵⁷ DORSEMAGEN u.a., S. 15 ff.; VOSS, S. 54; Unten Rz. 358 ff.

könnte ihn als «**Herrschaft durch Autonomie**»¹⁵⁸ bezeichnen. Auf die Nachteile von zu grossen Handlungs- und Entscheidungsspielräumen ist bei der Bewertung dieser Management-Methoden zurückzukommen¹⁵⁹. Als Konkretisierungsvorschlag könnte hier schon einmal eingebracht werden:

Den Arbeitnehmenden sind für die Ausführung ihrer Arbeit möglichst grosse Handlungs- und Entscheidungsspielräume einzuräumen, ohne sie aber dazu zu verleiten, gesundheitliche und soziale Bedürfnisse zu vernachlässigen.

V. Fehlende Klarheit und Widersprüche

- 324 **Unklare Anweisungen**, unklare Unterstellung oder unklare Ziele sind ein weiterer Faktor für negative psychische Belastungen¹⁶⁰. Sie führen dazu, dass die betroffenen Arbeitnehmenden durch das Abwägen, was gemeint ist und was eigentlich verlangt wird, innerlich absorbiert und von der Ausführung der Arbeit abgehalten werden. Allgemeine fehlende Klarheit führt zum Verlust der Planbarkeit, sei es des nächsten Arbeitstages oder sei es auch der eigenen Karriere¹⁶¹ und damit des Privatlebens; Fehlende Klarheit führt zu immer kürzeren Planungshorizonten¹⁶².
- 325 Besonders belastend sind widersprüchliche Weisungen. Diese müssen nicht unbedingt explizit erfolgen, heikler sind **Widersprüche**, die sich auch aus dem Zusammenhang ergeben¹⁶³, z.B. widersprüchliche qualitative Anforderungen oder Terminvorgaben insbesondere bei der Arbeit an mehreren Projekten¹⁶⁴. Die Beschäftigten sind dann im Dilemma, ob sie Qualität oder Termintreue höher gewichten sollen, wenn beide Ziele unter den gegebenen Bedingungen nicht erreicht werden können¹⁶⁵. Auch betriebliche Leistungsregimes können Arbeitnehmende in dilemmatische Situationen bringen und es ihnen in der Praxis unmöglich erscheinen lassen, «nein» zu sagen¹⁶⁶.

¹⁵⁸ MOLDASCHL MANFRED, Herrschaft durch Autonomie – Dezentralisierung und widersprüchliche Arbeitsanforderungen, in: Lutz Burkart (Hrsg.), Entwicklungsperspektiven der Arbeit, Berlin 2001, S. 132–164.

¹⁵⁹ BGer vom 27.7.2012 8C_910/2011, E. 5.2.

¹⁶⁰ EN ISO 10075–2, Ziff. 4.2.2; GREBNER u.a., S. 41; SONNENBERG, S. 80; VOSS, S. 54.

¹⁶¹ Urteil CAPH GE vom 4.2.2008, JAR 2009, S. 507–511, S. 510.

¹⁶² BOES/KÄMPF/TRINKS, S. 43; LENHARDT/ROSENBROCK, S. 324 f.; ULICH/WIESE, S. 73 ff.

¹⁶³ GERLMAIER, Ursachen, S. 61 f.; KÄMPF/BOES/TRINKS, S. 98; RAEDER/GROTE, S. 69 f.; RICHTER/NEBEL/WOLF, S. 268.

¹⁶⁴ GERLMAIER, Ursachen, S. 73; ULICH/WIESE, S. 76; s.a. PORTMANN, Stresshaftung, S. 3.

¹⁶⁵ BLUDAU-HOFFMANN u.a., S. 381; HANDRICH, S. 12; KÄMPF/BOES/TRINKS, S. 100.

¹⁶⁶ KÄMPF/BOES/TRINKS, S. 140.

Ein typisches Dilemma steht hinter dem Phänomen **Präsentismus**, das weit verbreitet ist¹⁶⁷. Arbeitnehmende entscheiden sich trotz Krankheit zur Arbeit zu gehen¹⁶⁸. Und zwar kommt dies bei Personen mit psychischen Beeinträchtigungen besonders häufig vor¹⁶⁹. Grosses Arbeitsvolumen, Pflichtgefühl, Rücksicht auf Kollegen, Angst vor beruflichen Nachteilen, Loyalität gegenüber dem Betrieb, Angst vor dem Verlust des Arbeitsplatzes¹⁷⁰ und die Bewertung der Krankheit als Bagatellerkrankung sind die Hauptbeweggründe dafür, dass man krank zur Arbeit geht¹⁷¹. Ein Grund kann auch die fehlende Stellvertretung sein¹⁷². Bei zielorientierter Personalsteuerung ist daher ein Mechanismus vorzusehen, der Krankheitsabsenzen «erlaubt»¹⁷³.

Als psychischer Belastungsfaktor wurde auch das sogenannte **Moraldilemma** identifiziert. Davon spricht man, wenn Aufgaben ausgeführt werden müssen, welche im Widerspruch zu persönlichen Wertvorstellungen stehen (z.B. Klient/innen etwas vormachen, ihnen etwas Fragwürdiges verkaufen oder Informationen verschweigen)¹⁷⁴. In der Schweiz sind 8% der Arbeitnehmenden regelmässig mit derartigen Aufgaben befasst; es sind überdurchschnittlich oft Erwerbstätige mit dem geringsten sozioökonomischen Status (manuelle Tätigkeit, geringer Bildungsgrad und unterdurchschnittliches Einkommen), die berichten, dass sie häufig Aufgaben bearbeiten, die mit ihren Wertvorstellungen in Konflikt stehen¹⁷⁵.

Widersprüchliche Wertvorstellungen können bei Arbeitnehmenden einen Gewissenskonflikt auslösen, der sich auf die Dauer negativ auf die psychische Gesundheit auswirkt. Sind die Rahmenbedingungen so, dass es schwierig ist, die in der Ausbildung angeeigneten und an sich gültigen professionellen **Qualitätsstandards** aufrecht zu erhalten, führt dies zu einem Dilemma¹⁷⁶. Die Beschäftigten sind in einem permanenten Aushandlungsprozess zwischen

¹⁶⁷ 39% der Schweizer Erwerbstätigen berichten 1–3 Tage, 48% 4–10 Tage und 12% mehr als 10 Tage in den letzten 12 Monaten trotz einer Erkrankung gearbeitet zu haben (GREBNER u.a., S. 82).

¹⁶⁸ PÄRLI/HUG, S. 3; ULICH, Arbeitspsychologie, S. 557 ff.; ULICH, Psychische Gesundheit, S. 27.

¹⁶⁹ OECD, S. 72 f.

¹⁷⁰ JANSEN, S. 59; SCHULER/BURLA weisen einen klaren Zusammenhang aus: Je grösser die Angst vor Arbeitsplatzverlust, desto höher ist die psychische Belastung (S. 64). Gemäss STEINKE/BADURA konnte dieser Zusammenhang jedoch nicht eindeutig beobachtet werden (S. 129 ff.).

¹⁷¹ BECKER/BRINKMANN/ENGEL, S. 85; ULICH, Psychische Gesundheit, S. 27 m.w.H.

¹⁷² PÄRLI/HUG, S. 4 und 11.

¹⁷³ S. unten Rz. 363.

¹⁷⁴ DUNKEL u.a., S. 359; GREBNER u.a., S. 43; VOSS, S. 54.

¹⁷⁵ GREBNER u.a., S. 43.

¹⁷⁶ JANSEN, S. 60 f.; HANDRICH, S. 17.

den Anforderungen des Betriebes, den Anforderungen der Kunden und den eigenen Anforderungen an die Arbeit¹⁷⁷. Zu psychischen Fehlbeanspruchungen kann es insbesondere kommen, wenn die Gefühle, welche Personen bei der Arbeit auszudrücken haben, und die selber empfundenen Gefühle zu weit auseinander klaffen¹⁷⁸.

- 329 Zusammenfassend könnte dieses Belastungsspektrum in einer **Rechtsnorm** wie folgt präzisiert werden:

Es sind Arbeitsbedingungen zu schaffen, die Arbeitnehmenden ermöglichen, die Arbeit möglichst frei von Unklarheiten und Widersprüchen wie insbesondere in Bezug auf Anweisungen, Arbeitszuteilungen, Zeitvorgaben und qualitative Erwartungen auszuführen.

Es sind Vorkehrungen zu treffen, dass Arbeitnehmende sich nicht gezwungen fühlen, trotz Erkrankung zu arbeiten.

VI. Vereinbarkeit von Beruf und Familie

- 330 Für viele Arbeitnehmende stellt sich täglich das Problem, wie sie ihre Verantwortung gegenüber ihren Arbeitgebenden und ihren Familien auf einen Nenner bringen. Tatsächlich korreliert eine gestörte **Work-Life-Balance** (bzw. besser: Life-Domain-Balance¹⁷⁹) eng mit der Gesundheit, eine eindeutig kausale Richtung ist jedoch nicht erwiesen¹⁸⁰. Wie oben dargelegt besteht auch in diesem Übergangsbereich eine gewisse Verantwortung der Arbeitgebenden zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmenden¹⁸¹. Wenn und soweit nämlich die zeitliche und organisatorische Struktur am Arbeitsplatz die Vereinbarkeit mit privaten Rollen berührt, ist zu prüfen, ob Präventionsmassnahmen seitens der Arbeitgeberin geeignet, erforderlich und zumutbar sind¹⁸².
- 331 Die rechtlichen Aspekte von Work-Life-Balance hat THOMAS LETSCH bereits umfassend beleuchtet und überzeugende **Vorschläge** zur Vermeidung von Rollenkonflikten de lege ferenda unterbreitet¹⁸³. Diese können in die übrigen

¹⁷⁷ DUNKEL u.a., S. 359; HANDRICH, S. 13; KERNEN, S. 26.

¹⁷⁸ OPPOLZER, S. 78.

¹⁷⁹ ULICH/WIESE, S. 16.

¹⁸⁰ KNECHT MICHAELA K./BAUER GEORG F./GUTZWILLER FELIX/HÄMMIG OLIVER, Persistent work-life conflict and health satisfaction – a representative longitudinal study in Switzerland, in: BMC Public Health 11/2011, 271; ULICH/WIESE, S. 119. Für Deutschland z.B. BADURA BERNHARD/DUCKI ANTJE u.a., Gesundheit in der flexiblen Arbeitswelt: Chancen nutzen – Risiken minimieren, Fehlzeiten-Report 2012, Berlin 2012.

¹⁸¹ Oben Rz. 244.

¹⁸² Unten Rz. 507 ff.

¹⁸³ LETSCH, Rz. 155.

hier entwickelten Vorschläge zur Ergänzung von ArGV3 gut integriert werden¹⁸⁴.

VII. Überwachung

Die Überwachung durch **technische Systeme** ist der einzige psychische Belastungsfaktor, der bis anhin eine detailliertere Regelung in Art. 26 ArGV3 gefunden hat. Auch das Bundesgericht hat sich in BGE 130 II 425 schon ausführlich mit der Tragweite dieser Bestimmung auseinandergesetzt¹⁸⁵. Ein Überwachungssystem ist demnach einzig dann verboten, wenn es allein oder vorwiegend bezweckt, das Verhalten der Arbeitnehmenden an sich zu überwachen¹⁸⁶. Eine Überwachungs- oder Kontrollmassnahme kann aus Gründen des Gesundheitsschutzes, der Betriebssicherheit oder aus technischen Gründen unentbehrlich und dadurch gerechtfertigt sein¹⁸⁷. Auch dann ist darauf zu achten, dass die psychische Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmenden nicht beeinträchtigt werden¹⁸⁸. 332

Ein besonderes psychisches Risiko besteht, wenn Überwachungsmassnahmen gekoppelt werden mit der Vereinbarung von bestimmten Arbeitsergebnissen, die aber auf Grund der gegebenen Voraussetzungen gar nicht erzielt werden können¹⁸⁹. Dies beschlägt aber wieder eines der oben beschriebenen Dilemmata. Eine weitere **Konkretisierung**, als sie der geltende Art. 26 ArGV3 bereits enthält, scheint derzeit **nicht erforderlich**. 333

E. Zwischenmenschliche Probleme

I. Allgemeines

Die vorstehend geschilderten psychischen Belastungen beziehen sich auf die Verantwortung der Arbeitgebenden gegenüber den einzelnen Arbeitnehmenden. Sie liegen in der Arbeit selber oder in ihrer Organisation. Anders gelagert sind Probleme, die erst durch das **Zusammenwirken von Menschen** entstehen¹⁹⁰. Auch sie können zum Teil vermieden werden durch gute und 334

¹⁸⁴ Vgl. Vorschlag für Art. 25f ArGV3 Rollenkonflikte; unten S. 310.

¹⁸⁵ JAR 2005, S. 215; Pra 2005 Nr. 71; PORTMANN, BSK, Art. 328b OR N 41; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328b OR N 8, Videoüberwachung.

¹⁸⁶ PORTMANN, Genugtuung, S. 7.

¹⁸⁷ AEBI-MÜLLER, S. 33.

¹⁸⁸ AEBI-MÜLLER, S. 25 ff.; REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328b OR N 29.

¹⁸⁹ WOLFER, Rz. 96.

¹⁹⁰ WYLER, Droit du travail, S. 302.

gerechte Arbeitsbedingungen, durch Förderung der Kollegialität¹⁹¹ und durch klare Information seitens der Arbeitgeberin, welches Verhalten verpönt ist. Wenn dann aber Spannungen aufgetreten sind, haben die Arbeitgebenden eine spezifische Verantwortung wahrzunehmen, um Verletzungen der persönlichen Integrität und der psychischen Gesundheit zu vermeiden¹⁹².

- 335 Soziale Spannungen gehören zu den **stärksten psychischen Belastungsfaktoren**, die im Arbeitsleben auftreten können¹⁹³. Häufig sind sie die Folgen anderer psychischer Belastungen am Arbeitsplatz¹⁹⁴. Soziale Probleme können sich äussern in verbaler und körperlicher Gewalt¹⁹⁵, sexueller Belästigung, Erniedrigungen, Drohungen, Schikane¹⁹⁶, Mobbing, Beleidigung und in Benachteiligung wegen des Geschlechts, des Alters oder aus anderen Gründen¹⁹⁷. Sie sind als Verletzungen der persönlichen Integrität zu werten. Werden sie früh erkannt und angemessen «behandelt», können oft schwerwiegende Krankheitsverläufe verhindert werden¹⁹⁸. Soziale Spannungen verdienen daher in der psychischen Gesundheitsprävention besondere Beachtung.

II. Konflikte

- 336 Der im Leitfall 1 geschilderte Sachverhalt¹⁹⁹ ist ein eindrückliches Beispiel dafür, dass **Konflikte mit Vorgesetzten** derart eskalieren können, dass sich daraus eine schwere Depression mit längerdauernder Arbeitsunfähigkeit entwickeln kann. Die Anordnung einer externen Vertrauensperson ist vom Bundesgericht geschützt worden, so dass diese Massnahme ins materielle Recht übernommen werden kann (unten Rz. 345).
- 337 Konflikte können je nach Arbeitstätigkeit auch mit **Kundinnen und Kunden** entstehen. Beschäftigte in der Dienstleistungsbranche, aus dem Gesundheits-, Verkehrs-, Einzelhandels-, Finanz- und Bildungssektor sowie in den Verwaltungen sind besonders stark betroffen²⁰⁰. Öffentliche Dienste und Organisa-

¹⁹¹ DASER, S. 38.

¹⁹² Unten Rz. 444 ff. und Rz. 739 ff.

¹⁹³ BAER/FRICK/FASEL/WIEDERMANN, S. 26; DASER, S. 42; GREBNER u.a., S. 46; SECO, Mobbing, S. 52 f.

¹⁹⁴ SECO, Mobbing, S. 32 f.

¹⁹⁵ Gemäss GREBNER u.a., S. 51 gab 1% der Befragten an, dass sie in den letzten 12 Monaten bei der Arbeit körperliche Gewalt erlebt haben.

¹⁹⁶ Im englischen Sprachgebrauch werden diese mit «bullying or harassment» bezeichnet (EU-OSHA, ESENER, S. 40; HIRIGOYEN, S. 10).

¹⁹⁷ GREBNER u.a., S. 47 (mit entsprechenden Zahlen für die Schweiz).

¹⁹⁸ BAER/FRICK/FASEL/WIEDERMANN, S. 93 ff.

¹⁹⁹ Oben Rz. 23 f.

²⁰⁰ EU-OSHA, Factsheet 24, 2002.

tionen, die stellvertretend für die Gesellschaft stehen, sind in den letzten Jahren zur Zielscheibe geworden. Dazu gehören Verkehrsbetriebe, medizinisches Personal, Lehrkräfte, Sozialarbeiterinnen/Sozialarbeiter und sogar Feuerwehrleute²⁰¹. Es ist Aufgabe der Arbeitgebenden, sich bei (drohenden) Verletzungen der persönlichen Integrität einzuschalten oder noch besser Vorkehrungen dagegen zu treffen und ihre Beschäftigten zu schützen.

Auch wenn **zwischen Arbeitnehmenden** desselben Betriebes Streit entbrennt, sei dieser verbal oder mit körperlicher Gewalt, haben Arbeitgebende zum Schutz beider Streitparteien einzuschreiten. Damit haben sich die zivilrechtliche Rechtsprechung und auch die Rechtswissenschaft schon verschiedentlich auseinandergesetzt²⁰². Eine Konkretisierung im öffentlichen Arbeitsrecht kann zusammen mit Mobbing, einem spezifischen zwischenmenschlichen Konflikt, und anderen Verletzungen der persönlichen Integrität erfolgen. Ein Vorschlag zur Ergänzung der ArGV3 erfolgt daher erst nachfolgend (Rz. 342).

III. Mobbing

Unter dem **Begriff** «Mobbing» ist gemäss Bundesgericht ein systematisches, feindliches, über einen längeren Zeitraum anhaltendes Verhalten gemeint, mit dem eine Person an ihrem Arbeitsplatz isoliert, ausgegrenzt oder gar von ihrem Arbeitsplatz entfernt werden soll²⁰³; ein Verhalten also, das früher auch mit Intrige bezeichnet wurde²⁰⁴. Hinter Mobbing stehen oft Konflikte oder Stress²⁰⁵. Die Schweiz liegt gemäss Angaben der Beschäftigten bei Mobbing mit 7% über dem europäischen Durchschnitt (5%)²⁰⁶. Mobbing geht gemäss einer Untersuchung des SECOs in der Schweiz mehrheitlich (zu 51,3%) von Vorgesetzten aus²⁰⁷, was angesichts des relativ geringen Kündigungsschutzes

²⁰¹ EU-OSHA, ESENER, S. 40; MEIER PETER, Gewalt am Arbeitsplatz, in: EKAS Mitteilungsblatt Nr. 68, Dezember 2009, S. 23–26, S. 23.

²⁰² Oben Rz. 169.

²⁰³ BGer vom 22.4.2005 2A.312/2004, E. 6.2. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird dieser Begriff erstmals 1998 in BGE 125 III 70 benutzt. Im Urteil vom 12.9.2000 2C.1/1999 wird er mit «harcèlement psychologique au travail» angegeben; er wird in Frankreich und Belgien aber auch als «harcèlement moral» bezeichnet (DEVEAUD-PLÉDRAN, S. 22; HIRIGOYEN, S. 11 f.). Siehe auch SECO, Anhang Wegleitung Art. 2 ArGV3, S. 302-G; SECO, Mobbing, S. 11.

²⁰⁴ REHBINDER, Psychologie des Arbeitsrechts, S. 18.

²⁰⁵ HIRIGOYEN, S. 18. Zur Geschichte des Phänomens: DEVEAUD-PLÉDRAN, S. 9 ff.

²⁰⁶ GRAF u.a., S. 40.

²⁰⁷ SECO, Mobbing, S. 23 und 38.

erstaunt²⁰⁸. Schon mehrfach sind in der Schweiz Arbeitgebende, die Mobbing nicht verhindert haben, zivilrechtlich zur Rechenschaft gezogen worden²⁰⁹.

- 340 **Mobbinghandlungen** können z.B. sein: die Beurteilung des Arbeitseinsatzes in unzutreffender oder kränkender Weise, Angriffe auf das Privatleben, die Verbreitung von Gerüchten oder die Zuteilung sinnloser Arbeitsaufgaben, Drohungen, Einschüchterung, Beleidigungen und jede Art von Schikane²¹⁰. Hinsichtlich der Dauer wird oft der Zeitrahmen von etwa einem halben Jahr und einzelnen Handlungen mindestens einmal pro Woche genannt²¹¹. Auf Dauer und Frequenz der Wiederholungen sollte jedoch nicht zu stark abgestellt werden, da diese von der ausführenden Person derart gesteuert werden können, dass ihr Verhalten nicht mehr unter diese Voraussetzungen fällt²¹².
- 341 Mobbing liegt nur solange vor, als eine klare **Täter-Opfer-Beziehung** vorliegt; bei einer wechselseitigen Eskalation muss das Geschehen als Konflikt oder Streit bezeichnet werden²¹³, was jedoch nur für die Ermittlung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten relevant ist. Zum Schutz der persönlichen Integrität und der psychischen Gesundheit der Beteiligten haben Arbeitgebende aufgrund des ArGs in beiden Fällen einzuschreiten.
- 342 Der Begriff Mobbing (auch bossing, bullying²¹⁴) wird gelegentlich auch für Belästigungen²¹⁵, Überanstrengung²¹⁶ oder Konflikte und Schikanen verwendet²¹⁷. Einerseits hängt diese begriffliche Unschärfe wohl mit unterschiedlichen Übersetzungen zusammen²¹⁸. Andererseits ist der Begriff in den Ländern (wie z.B. Frankreich und Schweden), die nur für Mobbing eine explizite gesetzliche Regelung kennen bzw. kannten²¹⁹, zu einem begrifflichen Sam-

²⁰⁸ REHBINDER, Psychologie des Arbeitsrechts, S. 18.

²⁰⁹ Oben Rz. 169.; PORTMANN, Stresshaftung, S. 4.

²¹⁰ DEVEAUD-PLÉDRAN, S. 168; GREBNER u.a., S. 47f.; LUGINBÜHL, gibt auf S. 79 eine «Mobbing-Liste» mit 45 mobbingtypischen Verhaltensweisen wieder aufgrund von HEINZ LEYMANN, Mobbing, Hamburg 1993 (13. Aufl., 2006); Siehe auch EU-PARLAMENT, S. 8 f.

²¹¹ GREBNER u.a., S. 47f.; LUGINBÜHL, S. 66.

²¹² SONNENBERG, S. 83 f.

²¹³ LUGINBÜHL, S. 66.

²¹⁴ Zu den verschiedenen Definitionen: DEVEAUD-PLÉDRAN, S. 21 ff.

²¹⁵ WAEBER, Mobbing, S. 791. Vgl. auch EU-PARLAMENT, S. 6.

²¹⁶ Wie auch PORTMANN, Genugtuung, S. 5 beanstandet.

²¹⁷ Z.B. EU-OSHA, Fact sheet 23, 2002. Klar grenzt das Bundesgericht ab zwischen Mobbing und Konflikten in BGer vom 12.10.2004 4C_276/2004, E. 4.1. Eine weniger klare Abgrenzung nimmt das Bundesgericht dann allerdings im Urteil vom 17.5.2010 4A_32/2010, E. 3.3 vor. Siehe auch DEVEAUD-PLÉDRAN, S. 135 f.

²¹⁸ S. oben FN 203.

²¹⁹ Siehe betr. Frankreich unten Rz. 569 FN 11.

melbecken verkommen²²⁰. Zur **Klarstellung** der Begriffe, und da verschiedentlich moniert wird, es fehle eine gesetzliche Definition von Mobbing²²¹, bietet sich bei einer Konkretisierung des psychischen Gesundheitsschutzes nun Gelegenheit, das widerrechtliche Verhalten²²² so zu umschreiben, dass Rechtsfolgen daran geknüpft werden können:

Arbeitgebende müssen zur Wahrung der persönlichen Integrität der Arbeitnehmenden einschreiten, wenn diese durch verbale oder körperliche Gewalt betroffen sind oder durch ein systematisches, feindliches Verhalten über längere Zeit sozial isoliert oder ausgegrenzt werden (Mobbing).

IV. Diskriminierung und sexuelle Belästigung

Diskriminierung wegen des Geschlechts und sexuelle Belästigung sind diejenigen Verletzungen der persönlichen Integrität, zu deren Verhinderung heute schon die klarste **gesetzliche Regelung** besteht: einerseits im Gleichstellungsgesetz und nur bezüglich sexueller Belästigung explizit in Art. 328 OR²²³. Mit Art. 4 GIG erfolgte eine differenzierte Umschreibung des Begriffs «sexuelle Belästigung»²²⁴. Im Übrigen erleichtern die Bestimmungen des Gleichstellungsgesetzes Betroffenen die Durchsetzung ihrer Rechtsansprüche gegenüber ihren Arbeitgeberinnen oder Arbeitgebern. Erbringen diese nämlich nicht Beweis dafür, dass sie Massnahmen zur Verhinderung sexueller Belästigungen getroffen haben, wirkt sich dies als Beweiserleichterung aus und die Gerichte können Betroffenen aufgrund von Art. 5 Abs. 3 GIG eine Entschädigung zusprechen. 343

Im Hinblick auf die **Verhütung** weiterer Verletzungen der sexuellen Integrität wäre es wichtig, dass Verantwortliche in den Betrieben nach der Bewältigung eines Falles nicht einfach zur Tagesordnung übergehen, sondern daraus Lehren ziehen und Verbesserungen zum künftigen Schutz an die Hand nehmen. Dies wäre auch bei anderen Missachtungen der Präventionspflicht wünschbar. Zur Vorschrift erhoben kann dies freilich nicht. Vollzugsbehörden können aber durchaus nach Vorkommnissen fragen und überprüfen, ob 344

²²⁰ HIRIGOYEN, S. 17; HOEL/EINARSEN, S. 36.

²²¹ Z.B. Parlamentarische Initiative NR Anita Thanei «Änderung des Arbeitsvertragsrechtes zum Schutz der Arbeitnehmer gegen Mobbing» (Gesch.-Nr. 02.416) vom 21.3.2002. Der Initiative wurde aber keine Folge geleistet (AB 2003 NR, S. 1459); DEVEAUD-PLÉDRAN, S. 133 f.; EU-PARLAMENT, S. 15 ff.; WENNUBST, S. 117; A.M. SONNENBERG, S. 75 f.

²²² DEVEAUD-PLÉDRAN, S. 170.

²²³ Vgl. oben Rz. 171.

²²⁴ KAUFMANN, Art. 4 GIG N 52 ff.

Präventionsmassnahmen zum Schutz vor allfälligen künftigen Rechtsverletzungen getroffen worden sind.

- 345 Art. 6 Abs. 1 ArG, nennt nur den **Schutz der persönlichen Integrität**, so dass eine Konkretisierung bzw. ergänzende Umschreibung dieses Schutzbereichs angezeigt ist²²⁵. Da nicht nur Diskriminierungen wegen des Geschlechts, sondern auch wegen des Alters oder aus anderen Gründen eine psychische Belastung darstellen, soll dies aus der Rechtsnorm hervorgehen. Eine Verordnungsbestimmung, welche den Schutzbereich **konkretisiert** und Präventionsmassnahmen für alle Arten von Verletzungen der persönlichen Integrität vorschreibt, könnte z.B. lauten:

Zum Schutz der Arbeitnehmenden vor sexueller Belästigung im Sinne von Art. 4 GlG sowie vor anderen Diskriminierungen und sonstigen Verletzungen der persönlichen Integrität haben die Arbeitgebenden angemessene und wirksame Vorkehrungen zu treffen, insbesondere durch Information und Schulung des erwünschten Verhaltens sowie durch die Bezeichnung einer unabhängigen Vertrauensperson.

F. Führung

I. Arbeitsorganisation

- 346 Die bereits behandelten psychischen Risiken betreffen auch die Unternehmensführung; sie ist es schliesslich, die den Betrieb organisiert, Aufgaben zuteilt und Weisungen erteilt bzw. diese vertraglichen Rechte delegiert. Ergänzend dazu sollen noch die psychischen Belastungen besprochen werden, die mit Führungspersonen oder **Management**-Methoden direkt verbunden sind.
- 347 Forschungsergebnisse weisen deutlich auf Zusammenhänge zwischen schlechter bzw. mangelhafter Arbeitsorganisation und dem Auftreten von Stress hin²²⁶. Je mehr die Beschäftigten in der Schweiz gutes **Führungsverhalten** bei direkten Vorgesetzten erleben, desto geringer ist die emotionale Erschöpfung, desto weniger wahrscheinlich kündigen sie die Stelle²²⁷ und desto weniger Gesundheitsprobleme (z.B. Rückenschmerzen) gegeben sie an²²⁸. Die «Mitarbeiterorientierung» hat sich als entscheidender Faktor beim Vergleich

²²⁵ S. oben Rz. 236.

²²⁶ ERTEL/STILIJANOW, S. 355; GREBNER u.a., S. 67; OPPOLZER, S. 97; ULICH, Arbeitspsychologie, S. 561 ff. Zum aktuellen Forschungsstand: KLAUSSNER STEFAN, Die dunkle Seite der Führung – Stand der Forschung und offene Fragen, in: Arbeit 1/2012, S. 5–19.

²²⁷ NEUHAUS, S. 77.

²²⁸ GREBNER u.a., S. 66.

verschiedener Führungsstile in Bezug auf Abbau von Stress erwiesen²²⁹. Gute Führung ist allerdings nur *ein* Faktor, es kommt auch noch auf die übrigen Arbeitsbedingungen an²³⁰. Es muss freilich viel an der Persönlichkeit einer Führungskraft liegen, denn eine Studie bei VW belegt, dass Führungskräfte bei Wechseln in eine andere Abteilung ihren Krankenstand «mitnahmen»²³¹. Andererseits sind diejenigen Unternehmen erfolgreicher, in denen Vorgesetzte von den Mitarbeitenden positiv erlebt werden²³².

Führungskräfte sind sowohl Initiatoren von betrieblichen Prozessen, als auch selbst davon Betroffene²³³. Sie haben zudem die Aufgabe, äussere Vorgaben und Einwirkungen aufzunehmen, diese für die Mitarbeitenden so verarbeitbar zu machen, dass sie nicht überfordert werden. Diese Funktion wird mit «Containment» bezeichnet²³⁴. Erhebungen bei deutschen SupervisorInnen haben ergeben, dass mehr als 60% dieser Befragten die Einschätzung teilen, dass Führungskräfte diese Containment-Funktion zunehmend weniger wahrnehmen und den Beschäftigten dadurch zu wenig Halt und Orientierung bieten²³⁵. 348

Allerdings ist zu beachten, dass auch die **Handlungsspielräume** der Führungskräfte selber häufig begrenzt sind²³⁶. Durch neue Management-Methoden sind sie in den letzten Jahren zunehmend weiter begrenzt worden. Dies veranschaulicht ein Interview mit einer IT-Führungskraft²³⁷: 349

Am meisten Spass macht mir, Dinge selber zu organisieren und gestalten zu können. Man muss aber ganz klar dazu sagen, das hat sich seit Jahren stark reduziert. Konkret heisst das, dass sehr viel vorgegeben wird zentral, sei es, wie wir entwickeln, was wir entwickeln, die Zeitlinie – das wird sehr zentral festgelegt. Es gibt Prozesse, mehr oder weniger definiert, in denen wir eben leben und die es vorher nicht gehabt hat. ... das führt jetzt aber nicht dazu, dass ich mich glücklicher fühle, um mich vorsichtig auszudrücken.

Führen bedeutet, mit den Mitarbeitenden in Beziehung zu treten, mit ihnen zu kommunizieren²³⁸. Führungskräfte sollten verstehen, dass nicht jeder Mit- 350

²²⁹ ROWOLD JENS/HEINITZ KATHRIN, Führungsstile als Stressbarrieren, Zum Zusammenhang zwischen transformationaler, transaktionaler, mitarbeiter- und aufgabenorientierter Führung und Indikatoren von Stress bei Mitarbeitern, in: Zs. für Personalpsychologie, 7(3)/2008, S. 129–140, S. 137.

²³⁰ WIELAND/WINIZUK/HAMMES, S. 284 ff.

²³¹ STEINKE/BADURA, S. 128.

²³² WOHLGEMUTH, S. 198 f.

²³³ BEUMER, S. 28.

²³⁴ BEUMER, S. 29.

²³⁵ BEUMER, S. 32.

²³⁶ DUNKEL u.a., S. 362.

²³⁷ So zitiert in KAMPF/BOES/TRINKS, S. 97.

²³⁸ BEUMER, S. 35; MATTHIESSEN-KREUDER, S. 273.

arbeiter und jede Mitarbeiterin das gleiche oder gar ein unbegrenztes Potenzial hat und sich auf ihre individuellen Stärken konzentrieren²³⁹. Viele Führungskräfte weichen nach empirischen Befunden den Anforderungen an ihre professionelle Rolle aus, indem sie diese an ihre Mitarbeitenden delegieren oder sich aus dem Kontakt zurückziehen, einfach abtauchen und sich so der Beziehung zu den Geführten entziehen²⁴⁰. Kommunikation erfolgt heute oft (z.T. auch standortübergreifend) über E-Mail, über Excel, über Reporting; das wird von den Untergebenen als «Virtualisierung von Führungsbeziehungen» erlebt²⁴¹. Die Folgen davon beschreibt eine interviewte IT-Führungskraft²⁴²:

Das führt einfach dazu, dass (...) weniger Wärme in der Kommunikation einfach vorhanden ist und weniger Schwingungen, die ist einfach nüchterner, und das führt dazu, dass man mehr zahlenorientiert wurde.

Daraus allein lässt sich jedoch noch nicht zwangsläufig ableiten, dass dies zu psychischen Beeinträchtigungen führen muss, es bedarf noch **zusätzlicher Faktoren**²⁴³, wie die folgenden Ausführungen zeigen.

II. Wertschätzung

- 351 Eine qualitative Studie bei IT-Mitarbeitenden hat gezeigt: Für Beschäftigte in der IT-Beratung sind die hohen Arbeitsbelastungen nicht ungewöhnlich. Es gehört gewissermassen zu ihrer beruflichen Identität, einen anstrengenden Beruf zu haben. Problematisch wird für sie die Situation jedoch dann, wenn die Balance aus Belastungen und **Kompensation** aus den Fugen gerät²⁴⁴. Aus der Perspektive der Arbeitnehmenden muss ihr hohes Engagement angemessen und auch ausserhalb des materiellen Lohns honoriert werden²⁴⁵. Verschiedene Hinweise bestehen, dass der Wertschätzung eine grössere Bedeutung zugeschrieben werden muss als der finanziellen Belohnung²⁴⁶. Wertschätzung können Vorgesetzte auch zum Ausdruck bringen, wenn sie die Mitarbeitenden loben, vorgebrachte Kritik und Probleme ernst nehmen, Bevormundung vermeiden, Interesse zeigen, um Rat fragen, Aufmerksamkeit

²³⁹ MATTHIESSEN-KREUDER, S. 273 m.w.H.

²⁴⁰ BEUMER, S. 36; MATTHIESSEN-KREUDER, S. 281.

²⁴¹ GERLMAIER, Ursachen, S. 80.

²⁴² Zitiert in KÄMPF/BOES/TRINKS, S. 97.

²⁴³ BEUMER, S. 36.

²⁴⁴ KÄMPF/BOES/TRINKS, S. 105.

²⁴⁵ BOES/KÄMPF/TRINKS, S. 40.

²⁴⁶ ULICH, Psychische Gesundheit, S. 27.

schenken, interessante Arbeit zuteilen und sich bedanken²⁴⁷. Dies hat bei Beschäftigten eine motivierende und unterstützende Wirkung²⁴⁸.

In der bekannten «Whitehall-Studie» fand man heraus, dass Beschäftigte, die das Gefühl hatten, von ihren Vorgesetzten **unfair behandelt** zu werden, ein erhöhtes Risiko schlechter psychischer Gesundheit aufwiesen²⁴⁹. Mitarbeitende, die ihre Vorgesetzten als wertschätzend erleben, sie als verlässlich, unterstützend und rücksichtsvoll wahrnehmen, sind seltener gestresst und nicht so stark von Burnout betroffen im Vergleich zu Mitarbeitenden, deren Vorgesetzte sich weniger mitarbeiterorientiert verhalten²⁵⁰. Bedenklich ist aber, dass laut OECD-Studie im Urteil der Arbeitnehmenden mit bereits bestehenden psychischen Störungen die ihnen gegenüber erbrachte Wertschätzung wesentlich geringer ausfällt als gegenüber den anderen²⁵¹.

Stete Kritik und übertriebene Anforderungen oder laufende Sanktionsdrohungen und überzogene Kontrollen können eine zivilrechtliche Haftung begründen²⁵². In der Schweiz fühlen sich immerhin 95% der Arbeitnehmenden von ihrer unmittelbar vorgesetzten Führungsperson **respektiert**²⁵³. Von den Firmenverantwortlichen wird aber wohl noch zu wenig wahrgenommen, dass Arbeitnehmende das Gefühl brauchen, nicht nur respektiert, sondern vielmehr *geschätzt* zu werden. Es kommt auch nicht nur auf die unmittelbar vorgesetzte Person an, auch das Management-System und die ganze Unternehmenskultur insgesamt gilt es zu beachten²⁵⁴.

Fehlende emotionale Bindung führt dazu, dass Arbeitnehmende die Stellen schneller wechseln, was zu einem Verlust für das Gedeihen des Unternehmens führen kann²⁵⁵. Dies hat schon in der Zwischenkriegszeit der bereits erwähnte Arbeitspsychologe OTTO LIPMANN deutlich gesehen: Während der eine Arbeiter sich «als machtloses Werkzeug behandelt sieht, das einem Zwecke dient, dem er selbst innerlich fremd gegenübersteht», fühlt ein anderer, dass der Betrieb auch dann seinen Interessen entgegenzukommen bereit ist, wenn diese Interessen mit denen des Betriebes im Widerspruch zu stehen

²⁴⁷ BEUMER, S. 35.

²⁴⁸ LENHARDT/ROSENBROCK, S. 325.

²⁴⁹ FERRIE, J.E./HEAD, J./SHIPLEY, M.J./VAHTERA, J./MARMOT, M.G./KIVIMÄKI, M., Injustice at work and incidence of psychiatric morbidity – the Whitehall II study, in: Occupational and Environmental Medicine 2006/63, S. 443–450.

²⁵⁰ BEUMER, S. 35.

²⁵¹ OECD, S. 65; WICKI, S. 96.

²⁵² BGer vom 20.3.2006 4C.320/2005, E. 2; CAPH GE vom 14.6.2005, JAR 2006, S. 445–456, E. 2.3; PORTMANN, BSK, Art. 328 OR N 21d.

²⁵³ GREBNER u.a., S. 63.

²⁵⁴ Dadurch zeichnen sich denn auch die erfolgreichen gegenüber den weniger erfolgreichen Unternehmen aus gem. WOHLGEMUTH, S. 284.

²⁵⁵ So auch CLAUDE BÉBÉAR, der Gründer der Axa-Gruppe, in NZZaSo 8.1.2012, S. 31.

scheinen; er fühlt sich als Mensch geachtet und behandelt, und daraus wächst das Gefühl der Werkzugehörigkeit.

- 355 LIPMANN wies darauf hin, dass die **Personalfluktuation** (er nennt es «die Grösse des Arbeiterwechsels») psychische Ursachen hat und die statistische Erhebung über die freiwilligen «Arbeiterwechsel» ein Hinweis darauf gibt, ob ein Betrieb ein «Gefühl der Werkzugehörigkeit» hat schaffen können, oder ob die Arbeiter dort nicht «bodenständig» werden konnten²⁵⁶.

III. Umstrukturierung

- 356 Laut dem «Health in Restructuring»-Report einer EU-Expertengruppe²⁵⁷ sind für Mitarbeitende wie für Führungspersonen **häufige Reorganisationen** belastend²⁵⁸, denn Innovationen können eine durchaus «janusköpfige Wirkung» haben²⁵⁹. Bei der Auswertung amtlicher Daten in Deutschland zeigte sich, dass in Unternehmen mit Umstrukturierungen insbesondere die psychischen Belastungen zum Teil erheblich höher sind; etwa 10% höhere Werte bei den Unternehmen mit Umstrukturierungen waren keine Seltenheit²⁶⁰. Analog ist die Situation in der Schweiz²⁶¹. Auch gemäss Burnout-Ranking²⁶² trat Burnout am meisten in jenem Grossunternehmen auf, das «die bis dahin grösste Umstrukturierung in der Konzerngeschichte in Angriff genommen hatte, die jedoch nicht den gewünschten Effizienzgewinn brachte»²⁶³.
- 357 Dauernde Restrukturierungen verbunden mit einer zunehmenden Arbeitsverdichtung **äusserten sich** bei den Beschäftigten durch innere Kündigung, Müdigkeit und Erschöpfung, Existenzängste, Gefühle der Ohnmacht, Hass, Zynismus sowie bei einzelnen auch durch psychische Erkrankungen²⁶⁴. Arbeitnehmende fühlen sich in einer Zwickmühle: sie müssen sich anstrengen, um die Stelle zu behalten, sollten aber gleichzeitig darauf achten, ihre Ar-

²⁵⁶ LIPMANN, S. 70.

²⁵⁷ KÖPER/RICHTER, S. 7; PICKSHAUS, S. 385.

²⁵⁸ Zum Begriff: KÖPER/RICHTER, S. 2 f.; KÄMPF/BOES/TRINKS, S. 126.

²⁵⁹ PICKSHAUS, S. 385.

²⁶⁰ BUNDESMINISTERIUM FÜR ARBEIT UND SOZIALES (Hrsg.), Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit 2010, Berlin 2011; KÖPER/RICHTER, S. 6 f.

²⁶¹ GREBNER u.a., S. 36.

²⁶² Mehr dazu Rz. 414.

²⁶³ Manager Magazin (Hamburg), 6/2012, S. 107.

²⁶⁴ KÄMPF/BOES/TRINKS, S. 137; KÖPER/RICHTER, S. 7; DUNKEL u.a., S. 360. Ständige Umstrukturierungen im Bundesamt für Migration haben zu «Resignation, Frustration, gar schon Sarkasmus» geführt (CHRISTOPH WEHRLI, Bundesamt für Migration wird nochmals reorganisiert, in: NZZ vom 3.2.2012, S. 11).

beitskraft nicht zu verschleissen, um im Falle der Entlassung fit in den Arbeitsmarkt gehen zu können²⁶⁵.

IV. Management-Methoden

Führen mit Zielen, Projektarbeit, **Management by Objectives** (MbO) ist heute insbesondere im Dienstleistungsbereich²⁶⁶ ein weit verbreitetes Konzept, das quantifizierbare Ziele zur Steuerung der Mitarbeitenden einsetzt²⁶⁷, indem die Unternehmensziele kaskadenförmig auf die untergeordneten Organisationseinheiten heruntergebrochen werden²⁶⁸. Bei der «Renaissance» dieser Methode in den 1990er Jahren²⁶⁹ wurde diese Führungsmethode mit der Ausdifferenzierung variabler Löhne verbunden. Damit sollte eine flexiblere Kostenstruktur und die Selektion von leistungsorientierterem, durch monetäre Anreize motiviertem²⁷⁰ Personal erreicht werden²⁷¹. Gleichzeitig konnte man dem Wunsch vieler Mitarbeitender nach Entfaltung eigener Initiative und nach einer gewissen Selbständigkeit Rechnung tragen²⁷² und so ihrem Bedürfnis nach Anerkennung ihrer Leistungen²⁷³, nach Klarheit und Gerechtigkeit entgegen kommen²⁷⁴.

Führen mit Zielen ist grundsätzlich nicht negativ zu bewerten, solange diese nicht einseitig²⁷⁵ von der Arbeitgeberin festgelegt werden²⁷⁶. Viele arbeitswissenschaftliche Untersuchungen weisen in der letzten Zeit freilich darauf hin, dass sich die Vorteile dieser Management-Methode bezüglich psychischer Belastungen als Nachteile erweisen²⁷⁷. Beispielhaft zeigt das Leiturteil 2, wie in einem so geführten Betrieb aus einer extrem flexiblen und hochmotivierten Vorgesetzten, die ihre Untergebenen erfolgreich zu stimulieren ver-

²⁶⁵ DUNKEL u.a., S. 360.

²⁶⁶ DORSEMAGEN u.a., S. 13.

²⁶⁷ Es geht zu zurück auf PETER FERDINAND DRUCKER, *The Practice of Management*, New York 1954, deutsch: *Die Praxis des Managements*, Düsseldorf 1998.

²⁶⁸ BOES/KÄMPF/TRINKS, S. 40; DORSEMAGEN u.a., S. 6 f.; DUNKEL u.a., S. 358; HIRSIGER, Rz. 27; TIESTE, *Überarbeitung*, S. 107 ff.

²⁶⁹ BOES/KÄMPF/TRINKS, S. 45; HIRSIGER, Rz. 30.

²⁷⁰ HIRSIGER, Rz. 80.

²⁷¹ HIRSIGER, Rz. 38.

²⁷² DUNKEL u.a., S. 358; FUNK, S. 131; HIRSIGER, Rz. 67; KRAUSE/DORSEMAGEN/PETERS, S. 43.

²⁷³ HIRSIGER, Rz. 70.

²⁷⁴ HIRSIGER, Rz. 72.

²⁷⁵ Dies ist aber gemäss WSI-Betriebsrätebefragung in 32% der «Zielvorgabe-Betriebe» in Deutschland der Fall (AHLERS, S. 17).

²⁷⁶ DORSEMAGEN u.a., S. 16; KRAUSE/DORSEMAGEN/PETERS, S. 45; AHLERS, S. 17.

²⁷⁷ AHLERS, S. 15 m.w.H.; KRAUSE/DORSEMAGEN/PETERS, S. 43; DUNKEL u.a., S. 357.

stand und sich sehr darum bemühte, die gesetzten Ziele zu erreichen, eine Führungskraft werden konnte, die zunehmend unter den herrschenden Zuständen litt und schliesslich an Depression erkrankte²⁷⁸.

- 360 In den Betrieben mit ergebnisorientierter Steuerung wird eine signifikant **höhere Belastung** der Arbeitnehmenden festgestellt als bei sog. «operativ Beschäftigten»²⁷⁹. Unter den nicht ergebnisgesteuerten Personalverantwortlichen in der IT-Branche fanden sich z.B. die am wenigsten Erschöpften (32%), während doppelt so viele Befragte von Erschöpfung betroffen waren, wenn sie in ergebnisorientierten IT-Projekten arbeiteten²⁸⁰. Dies lässt sich nicht einfach auf einzelne arbeitsinhaltliche oder arbeitsorganisatorische Defizite oder den hohen Arbeits- und Zeitdruck zurückführen²⁸¹, sondern muss mit einer strukturellen «Erosion des Kohärenzgefühls»²⁸² zusammenhängen. Das Kohärenzgefühl wäre nämlich die zentrale Ressource, welche hilft Belastungen zu bewältigen²⁸³.
- 361 Die Instrumente der Leistungssteuerung zeichnen sich tendenziell durch eine «Gleichgültigkeit gegenüber Besonderheiten von **Zeit und Raum**» aus²⁸⁴. Arbeitnehmende sind prinzipiell in der Einteilung der Arbeitszeit frei²⁸⁵ und können die Arbeit teilweise ausserhalb des Betriebs erbringen. Einhaltung der Arbeitszeiten und Gesundheitsvorsorge werden so (entgegen den rechtlichen Vorgaben²⁸⁶) weitgehend zur Privatsache²⁸⁷.
- 362 Mit der ergebnisorientierten Steuerung ist eine **Ökonomisierung** der Arbeit verbunden. Die «Unbestimmtheit des Marktes» wird in die «Bestimmtheit von Zielvorgaben oder Kennzahlen» transformiert²⁸⁸ und auf jeden einzelnen Arbeitsplatz herunter gebrochen²⁸⁹. Dies bedingt ein differenziertes Controllingsystem. Die damit verbundenen umfangreichen Dokumentationspflichten bedeuten für die Beschäftigten einen häufig nicht eingeplanten Zusatzaufwand²⁹⁰, und halten sie von ihrer «eigentlichen» Tätigkeit ab²⁹¹. Einzelne

²⁷⁸ Oben Rz. 30 ff. und ausführlicher Sachverhalt in BGer vom 17.10.2005, 4C.24/2005.

²⁷⁹ GERLMAIER, Lebensphasen, S. 161; so auch AHLERS, S. 18 f.

²⁸⁰ GERLMAIER, Lebensphasen, S. 164.

²⁸¹ GERLMAIER, Lebensphasen, S. 164; KÄMPF/BOES/TRINKS, S. 144.

²⁸² Damit ist das Gefühl gemeint, die Welt als zusammenhängend und sinnvoll zu erleben (ANTONOVSKY, S. 16; KERNEN, S. 43; SCHWENDENER, S. 57 m.w.H.).

²⁸³ KÄMPF/BOES/TRINKS, S. 142.

²⁸⁴ DUNKEL u.a., S. 361, GERAMANIS, S. 349.

²⁸⁵ HIRSIGER, Rz. 284 f.

²⁸⁶ Vgl. oben Rz. 42 ff.

²⁸⁷ DUNKEL u.a., S. 361 f.

²⁸⁸ BOES/KÄMPF/TRINKS, S. 43 f.

²⁸⁹ BOES/KÄMPF/TRINKS, S. 44; RAU, S. 71; TIESTE, Überarbeitung, S. 109.

²⁹⁰ GERLMAIER, Ursachen, S. 74 f.

²⁹¹ DUNKEL u.a., S. 359 f.

Arbeitnehmende und die einzelnen Unternehmensteile werden in kürzeren Abständen einer ökonomischen Bewertung unterzogen und gegebenenfalls neu strukturiert²⁹², stehen also ständig zur Disposition²⁹³. Dabei wird gelegentlich übersehen, dass es rechtlich grundsätzlich nicht erlaubt ist, das Betriebsrisiko auf die Arbeitnehmenden zu übertragen²⁹⁴, denn arbeitsvertraglich ist nur ein (sorgfältiges) Tätigwerden der Arbeitnehmenden, nicht aber ein bestimmter Arbeitserfolg geschuldet²⁹⁵.

Zielvorgaben und damit verknüpfte variable Löhne führen dazu, dass die monetäre Anerkennung teilweise von der Lage der Märkte abhängig ist und für die Einzelnen unsicher ist, ob sich ihr Bemühen letztlich auch «auszahlt»²⁹⁶. Als besonders belastender Faktor hat sich bei Untersuchungen erwiesen, dass die Zielvorgaben oft zu wenig flexibel sind: Sie bleiben über das Geschäftsjahr meist unverändert, selbst dann, wenn Mitarbeitende krank werden²⁹⁷ oder sich der Markt in negativer Weise verändert²⁹⁸. Zielvorgaben berücksichtigen häufig regionale Besonderheiten oder veränderte Marktbedingungen nicht²⁹⁹. 363

Die laufende Steigerung der Ertragsziele erleben die Betroffenen als **permanente Bewährung**³⁰⁰, als «permanente Probezeit»³⁰¹, da die Ziele periodisch nach oben angepasst werden: Was letztes Jahr ein Erfolg war, gilt (zugespitzt) heute als Versagen³⁰². Dies führt zu einer Leistungsverausgabung, denn es ist schwierig, eigenständig «Grenzen zu ziehen»³⁰³, da man ja den eigenen Arbeitsplatz nicht gefährden will³⁰⁴. 364

Wenn sich die Beschäftigten die Unternehmensziele zu sehr zu Eigen machen, laufen sie Gefahr, «freiwillig» die persönlichen Bedürfnisse zu missachten und entwickeln eine Rücksichtslosigkeit gegenüber der eigenen Ge- 365

²⁹² DUNKEL u.a., S. 358.

²⁹³ GERAMANIS, S. 349; BOES/KÄMPF/TRINKS, S. 44.

²⁹⁴ HIRSIGER, Rz. 264 ff.

²⁹⁵ HIRSIGER, Rz. 362; REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 319 OR N 5; STAEHELIN, ZK, Art. 319 OR N 8.

²⁹⁶ DUNKEL u.a., S. 360.

²⁹⁷ HIRSIGER, Rz. 836 empfiehlt selbst in diesem Fall nur unter bestimmten Umständen einen Zielkorrektur.

²⁹⁸ HIRSIGER, Rz. 766 f.; DUNKEL u.a., S. 359.

²⁹⁹ HIRSIGER, Rz. 88 f.

³⁰⁰ DUNKEL u.a., S. 358.

³⁰¹ BOES/KÄMPF/TRINKS, S. 46.

³⁰² DUNKEL u.a., S. 360. So auch MARKUS STÄDELI, Strengere Noten für Bankangestellte – Nach der UBS verschärft auch die CS das Beurteilungssystem für ihre Angestellten; Viele sind verunsichert, in NZZ am Sonntag, 29.1.2012, S. 36.

³⁰³ BLUDAU-HOFFMANN u.a., S. 381; KÄMPF/BOES/TRINKS, S. 137 f.

³⁰⁴ DUNKEL u.a., S. 360.

sundheit³⁰⁵. Sie unterlaufen um des unternehmerischen Erfolges willen gesetzliche Schutzregelungen, missachten Höchstarbeitszeiten, Pausen, Ferien und Erholungszeiten und arbeiten trotz Krankheit weiter³⁰⁶. Für dieses Verhalten wurde der Begriff «**interessierte Selbstgefährdung**» gebildet³⁰⁷. Der Schritt zur «Arbeitssucht» ist nicht mehr weit³⁰⁸.

- 366 Die Management-Methode der ergebnisorientierten Steuerung bringt Nachteile für **soziale Beziehungen** mit sich. Beschäftigte werden durch ergebnisorientierte Steuerung angeregt, «Einzelkämpfer» zu sein, eher gegeneinander statt miteinander zu arbeiten³⁰⁹. Die Aufhebung der Trennung von Erwerbsarbeit und Privatleben ist mit einer Individualisierung und Entstrukturierung von Sozialbeziehungen verbunden³¹⁰. Mit der unter Rz. 323 vorgeschlagenen Verordnungsbestimmung wird betont, dass für Arbeitnehmende keine Anreize gesetzt werden dürfen, sowohl gesundheitliche wie soziale Bedürfnisse zu vernachlässigen.
- 367 Arbeitnehmende gleich zu behandeln ist zum Teil rechtlich geboten³¹¹. Eine formale Gleichbehandlung der Arbeitnehmenden darf aber nicht übersehen, dass Menschen **unterschiedliche Persönlichkeiten** haben und verschieden reagieren auf Arbeitsbedingungen und Führungsmassnahmen. EBERHARD ULICH plädiert daher schon seit Jahrzehnten dafür, dass die Beschäftigten (innerhalb des gesetzlichen Rahmens) wählen können und fordert, dass man sich vom Bild des «one best way» verabschieden solle³¹². Es gibt keine einheitliche, für *alle* Mitarbeitenden optimale Arbeitsstruktur. Diversity-Management in den Unternehmen muss sehr wohl Geschlecht, Herkunft und Alter berücksichtigen, aber auch die Verschiedenheit der Arbeitnehmenden in Bezug auf ihre psychischen Voraussetzungen und Bedürfnisse zur Erzielung optimaler Arbeitsergebnisse³¹³. Man darf Arbeitskonzepte nicht «holzschnittartig, d.h. undifferenziert», auf alle Mitarbeitenden (insbesondere Behinderte) gleich anwenden³¹⁴. Das muss nicht gleich völlige Beliebigkeit bei der Ar-

³⁰⁵ DASER/KERSCHGENS, S. 63; DORSEMAGEN u.a., S. 19; DUNKEL u.a., S. 361; KRAUSE/DORSEMAGEN/PETERS, S. 43; OPPOLZER, S. 93; PÄRLI/HUG, S. 5. Dieses Phänomens ist bereits aus Japan bekannt (TIESTE, Überarbeitung, S. 67 ff.).

³⁰⁶ DUNKEL u.a., S. 361; PÄRLI/HUG, S. 4.

³⁰⁷ KRAUSE/DORSEMAGEN/PETERS, S. 43; s.a. DORSEMAGEN u.a., S. 18 f.

³⁰⁸ FUNK, S. 132 ff.; OPPOLZER, S. 93.

³⁰⁹ GERAMANIS, S. 350; HIRSIGER, Rz. 90; TIESTE, Überarbeitung, S. 110.

³¹⁰ GERLMAIER, Lebensphasen, S. 153.

³¹¹ In öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen gilt das Rechtsgleichheitsgebot gem. Art. 8 BV; in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen dürfen ungleiche Behandlungen nicht persönlichkeitsverletzend sein (PÄRLI, Rz. 1459).

³¹² ULICH, Arbeitspsychologie, S. 292 ff.

³¹³ ULICH/WIESE, S. 100 f.

³¹⁴ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29.4.2008, A-6550/2007, E. 7.

beitsorganisation und -gestaltung bedeuten. Wünschbar wäre jedoch, den Arbeitnehmenden auch in diesem Bereich grössere Handlungs- und Entscheidungsspielräume zu bieten. Zum Schutz der psychischen Gesundheit sollten Arbeitgebende soweit dies betrieblich möglich ist auf Anliegen und Bedürfnisse ihrer Beschäftigten mindestens Rücksicht nehmen³¹⁵.

Zusammenfassend könnte dies als allgemeiner Grundsatz der Prävention wie folgt **konkretisiert** werden: 368

Bei der Ausgestaltung der räumlichen, zeitlichen und organisatorischen Arbeitsbedingungen ist nach Möglichkeit auf die Bedürfnisse der Arbeitnehmenden zum Schutz ihrer Gesundheit und Persönlichkeit Rücksicht zu nehmen.

V. Konkretisierung?

Aufgrund der eben geschilderten psychischen Belastungen tauchen **Fragen** 369 auf: Wie soll man mit gesetzlichem Arbeitsschutz darauf hinwirken, dass Führung durch Wertschätzung geprägt ist? Sollen Umstrukturierungen aus Gründen des Gesundheitsschutzes unterbunden werden können? Gibt es Management-Methoden, die prinzipiell als gesundheitsschädlich abzulehnen und gar zu verbieten sind? Wie soll das alles rechtlich konkretisiert und letztlich vollzogen werden?

Im Einzelfall könnten einzelne der vorstehend besprochenen Aspekte an sich schon Inhalt der **Verfügung** eines Arbeitsinspektorates sein. Das Leiturteil I mit der Anordnung einer externen Vertrauensperson³¹⁶ oder das Schreiben der Arbeitsinspektorin an die Leitung von France Télécom, Umstrukturierungen während einer gewissen Zeit zu unterlassen³¹⁷, sind Beispiele dafür. Wenn es aber um **generell-abstrakte Normen** gehen soll, fragt man sich: Muss in einer Rechtsnorm umschrieben werden, was «gute Führung» ist, oder ist dies nicht das «Geschäft» von Unternehmensstrategie und Human Capital Management? Gilt aber andererseits nicht auch hier, wo es um Führung und Management geht, was als rechtspolitische Begründung für Konkretisierung eingangs ausgeführt wurde: Vernachlässigen wir nicht den psychischen Gesundheitsschutz, wenn wir uns in diesem offensichtlich so wichtigen Punkt wieder auf Generalklauseln zurückziehen?

Im Bewusstsein, dass die ganze **Unternehmenskultur** zum psychischen Ge- 371 sundheitsschutz beiträgt, haben die nordischen Länder schon früh die «Ar-

³¹⁵ ULICH, Arbeitspsychologie, S. 296 ff.; S. auch oben Rz. 322.

³¹⁶ Rz. 27 ff.

³¹⁷ abgedruckt in KOHTE, S. 33 ff.

beitsumwelt»³¹⁸ beim gesetzlichen Arbeitsschutz einbezogen³¹⁹ und so die psychischen Faktoren gleich gewichtet (ohne diese allerdings umfassend zu konkretisieren) wie die physischen und ergonomischen³²⁰. Auch die Niederlande haben eine Verpflichtung der Arbeitgebenden zu einer «Arbeitsumstándepolitik» (arbeidsomstandighedenbeleid) eingeführt³²¹. Diese im Arbeitsschutz als fortschrittlich geltenden Länder haben zur Förderung der Unternehmenskultur auf innerbetriebliche Verfahren gesetzt³²² (die in der Folge für die EU übernommen wurden³²³). Sie haben zusätzlich aber auch im Vollzug neue Wege gesucht³²⁴. Heute zeigt sich aber, dass es nicht ohne eine Konkretisierung der Pflichten in Bezug auf den psychischen Gesundheitsschutz geht³²⁵.

- 372 Im Bereich von Führung und Unternehmenskultur ist es besonders schwierig, psychische Belastungsfaktoren zu benennen und **überprüfbare Regelungen** zu finden. Man kommt nicht ohne offene Norminhalte aus, schon allein zur Wahrung der Wirtschaftsfreiheit³²⁶. Um Voraussetzungen für den Vollzug zu schaffen, braucht es ein Minimum an schriftlicher Dokumentation. Bei der ergebnisorientierten Steuerung könnte immerhin dafür gesorgt werden, dass auch der Gesundheitsschutz als Unternehmensziel auf die Mitarbeitenden «heruntergebrochen» wird, um ein Gegengewicht zur Dominanz der (meist kurzfristigen) ökonomischen Ziele zu schaffen. Es gibt bereits bewährte Instrumente, mit denen die Einhaltung des «psychologischen Vertrages»³²⁷ überprüft und in Zielvereinbarungen integriert werden kann³²⁸.
- 373 Im Bewusstsein, dass die vorgeschlagene Formulierung das Spektrum nicht vollständig abzudecken vermag, könnte eine **Konkretisierung** z.B. lauten:

³¹⁸ Der Begriff geht auf das dänische Vorbild (arbejdsmiljø) zurück (SCHUBERT, S. 27).

³¹⁹ Das dänische und das norwegische Arbejdsmiljøloven sind beide 1977 in Kraft getreten, das schwedische Arbetsmiljölagen 1978. Siehe auch SCHUBERT, S. 28 und 66.

³²⁰ SCHUBERT, S. 42.

³²¹ VEIGEL, S. 57.

³²² Z.B. schreibt Schweden in Kapitel 6 § 2 Arbetsmiljölagen vor, dass ein Arbeitsschutzbeauftragte (skyddsombud) eingesetzt werden muss, wenn mehr als fünf Arbeitnehmende beschäftigt werden (dazu auch SCHUBERT, S. 104). Dänemark hat seit 2007 anhand eines Erfassungs-Tools die psychosoziale Prävention verbessert (MEYN, S. 96; RASMUSSEN u.a., S. 568 f.).

³²³ Zu den Gefährdungsbeurteilungen und den Dokumentationspflichten siehe unten Rz. 564 ff.

³²⁴ VEIGEL, S. 102 sowie unten Rz. 699.

³²⁵ Siehe unten Rz. 569.

³²⁶ Dazu unten Rz. 530 ff.

³²⁷ Siehe unten Rz. 382.

³²⁸ RAEDER/GROTE, S. 57 ff.

Bei der periodischen Festsetzung der Unternehmensziele, bei grösseren Veränderungen im Betrieb und bei der Festsetzung von Zielen für die einzelnen Arbeitnehmenden ist schriftlich festzuhalten, welche Massnahmen zum Schutz ihrer physischen und psychischen Gesundheit getroffen werden.

§ 5 Wirkungszusammenhänge

A. Einleitung

- 374 Mit dem Zusammentragen von psychischen Belastungsfaktoren und dem Versuch, diese rechtssatzmässig zu konkretisieren, wurden im vorhergehenden Kapitel vereinzelt schon Regelungen für konkrete Präventionsmassnahmen vorgeschlagen, wenn sie sich aufgrund der bestehenden Rechtslage oder von der Sache her bereits ergaben. Für weitere Untersuchung ist es jedoch hilfreich, zunächst in diesem Kapitel die **Wirkungsweise psychischer Arbeitsbelastungen** zu beleuchten und nach deren Messbarkeit zu fragen (§ 6, bevor in § 7 Massnahmen der Prävention diskutiert und konkretisiert werden können.

B. Beanspruchung

I. Innerer Vorgang

- 375 Die Einflüsse, die von aussen auf den Menschen zukommen und psychisch auf ihn einwirken, haben gemäss dem Belastungs-Beanspruchungs-Modell¹ eine sogenannte «psychische Beanspruchung», d.h. einen **inneren Vorgang**, zur Folge, der sich im psychischen System, also der Einheit von Bewusstsein und Unbewusstsein², abspielt. Für diesen inneren Vorgang gibt es kein Modell wie dies Anatomie und Physiologie für somatische Vorgänge liefern. Dieser innere Vorgang kann von aussen nicht mitverfolgt oder abgebildet werden, noch ist er im Detail beschreibbar. Psychische Belastungsfaktoren wirken auf verschiedenen Ebenen: der mentalen (Gedächtnis, Wahrnehmung), der emotionalen (Verhalten, Motivation) sowie der physischen Ebene³.
- 376 Der innere Vorgang der Beanspruchung läuft bei **jedem Menschen unterschiedlich** ab «in Abhängigkeit von seinen jeweiligen überdauernden und augenblicklichen Voraussetzungen, einschliesslich der individuellen Bewältigungsstrategien»⁴. Was Einzelne an Arbeitsbelastungen als negativ empfinden, hängt in hohem Masse von individuellen Möglichkeiten zur Wahrnehmung und Bewältigung sowie von persönlichen Einstellungen und Verhal-

¹ Rz. 259 ff. und SECO, Anhang Wegleitung Art. 2 ArGV3, S. 302-C.

² HAFEN, Grundlagen, S. 11; KERNEN, S. 53 f.

³ GERLMAIER, Ursachen, S. 55.

⁴ ISO 10075-1, Ziff. 3.2. VON TROTHA, S. 29.

tensweisen ab⁵. Man konnte aber feststellen, dass sich die subjektiv wahrgenommene Arbeitsbelastung aufgrund einer «Verrechnung» mit den momentanen Ressourcen des Individuums ergibt⁶.

II. Ressourcen

Der innere Vorgang der Beanspruchung wird beeinflusst durch die Ressourcen (Energiequellen), welche der jeweiligen Person zur Verfügung stehen. Ressourcen sind Fähigkeiten und Strategien einer Person, um ein Problem zu bewältigen⁷. Gesundheit wird als **dynamisches Gleichgewicht** zwischen Ressourcen (Schutz- und Abwehrmechanismen) und belastenden Einflüssen verstanden⁸. Man kann innere (personale) und äussere (organisatorische oder soziale) Ressourcen unterscheiden⁹. 377

1. Personale Ressourcen

Als zentrale personale Ressource haben sich die personalen (internen) Ressourcen, insbesondere Vertrauen und **Selbstfürsorge** erwiesen¹⁰. Damit ist die Fähigkeit gemeint, sich um die eigene körperliche und seelische Integrität zu sorgen und diese zu erhalten¹¹. Solche Strategien, um mit den Belastungen fertig zu werden (Coping¹²), reichen vom darüber Reden¹³, über Relativierung, innere Distanzierung, Verleugnung, Ausweichen (wie z.B. Reduktion der Arbeitszeit¹⁴), Arbeiten nach unten delegieren¹⁵, Alternativen aushandeln, bewusstem Ausüben von ausgleichenden Aktivitäten¹⁶ bis zu aktivem Widerstand¹⁷ oder letztlich Kündigung¹⁸. 378

⁵ GERLMAIER, Ursachen, S. 76; HEILMANN/HAGE, S. 672; VON TROTHA, S. 30.

⁶ KERNEN, S. 115. Oben Rz. 264.

⁷ GREBNER u.a., S. 9.

⁸ RICHTER/NEBEL/WOLF, S. 271.

⁹ KERNEN, S. 54; UDRIS, S. 90; THEORELL, S. 20.

¹⁰ KERNEN, S. 114.

¹¹ KERNEN, S. 45 ff.; DASER/KERSCHGENS, S. 58.

¹² KERNEN, S. 55 f.

¹³ DUNKEL u.a., S. 361.

¹⁴ Oben Rz. 296.

¹⁵ Zu den Erlebens- und Verhaltensmustern von Richter/innen im Kanton Zürich: KRAYER JUDITH/LICHTI ASCHWANDEN NORA/PRECKEL DANIEL, Stress und Burnout im Richterberuf, in: AJP 2009, S. 1027–1031, S. 1029 f.

¹⁶ GERLMAIER, Ursachen, S. 82.

¹⁷ DUNKEL u.a., S. 361.

¹⁸ GREBNER u.a., S. 84 f.

- 379 Für welche Strategie sich der jeweilige Mensch entscheidet, wird von seinen **persönlichen Voraussetzungen** beeinflusst, die je nach Biografie, Lebensalter, Geschlecht¹⁹, bzw. Sozialisation²⁰ oder privatem Umfeld²¹ unterschiedlich sind. Auch Informationen, Anleitungen und die Fähigkeiten zu intellektueller Verarbeitung und Kommunikation spielen hier eine Rolle. Ob und welche personalen Ressourcen jemand als Reaktion auf die Belastungen von aussen einsetzen kann und will, wird in einem inneren Aushandlungsprozess «entschieden»²².
- 380 Dass hoch Belastete oft **dysfunktionale Bewältigungsformen** wählen und «durcharbeiten», statt Pausen einzulegen, geht nicht auf bewusste Entscheidungen zurück²³. Betroffene befinden sich quasi in einem «Steinzeit-Dilemma». Sie reagieren mit «angeborenen» Bewältigungsmechanismen für Flucht- oder Kampfsituationen, wobei die moderne Arbeitswelt mit hohen psychischen Belastungen genau gegensätzliche Bewältigungsmuster wie regelmässige Pausen erfordert²⁴.
- 381 Charaktereigenschaften und **psychische Strukturen**, die für die Ausübung der Arbeit erforderlich und erwünscht sind, wie Loyalität, hohe Leistungsbereitschaft²⁵, Genauigkeit und Ergebnisorientierung können von einer Ressource unvermittelt zu einem Handicap mutieren, wenn es darum geht, auf gesundheitsbelastende Arbeitsbedingungen adäquat zu reagieren²⁶. Dies können diese Menschen aber nicht, denn es ist für sie, wie wenn sie plötzlich eine Sprache sprechen müssten, die sie nie gelernt haben. Mit Stressbewältigungskursen und guten Ratschlägen lassen sich also nicht kurzfristig Ressourcen mobilisieren zur erfolgreichen Bewältigung einer Belastung. Ebenso erweisen sich Äusserungen wie, nur «Weicheier» litten an psychischen Belastungsfolgen und sie müssten sich einfach nur mal zusammenreissen, als unberechtigte Vorurteile²⁷.

¹⁹ EU-OSHA (Hrsg.), Geschlechterspezifische Aspekte der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes bei der Arbeit – Eine zusammenfassende Darstellung, Luxemburg 2006, S. 62; GERLMAIER, Lebensphasen, S. 162; FUNK, S. 85 f.

²⁰ DASER/KERSCHGENS, S. 62.

²¹ GERLMAIER, Lebensphasen, S. 162.

²² DASER/KERSCHGENS, S. 59.

²³ GERLMAIER, Ursachen, S. 77.

²⁴ GERLMAIER, Ursachen, S. 78.

²⁵ Zur Psyche von Athleten: PETERMANN FRANK TH., Burnout im Professional-Sport, in: CaS 2004, S. 70–78, S. 75 f.

²⁶ PETERMANN/STUDER, S. 761; SECO, Anhang Wegleitung Art. 2 ArGV3, S. 302-F; Ein Beispiel dafür ist auch der Leitfall 2 (oben Rz. 30 ff.).

²⁷ LUGINBÜHL, S. 73.

Wertschätzung und Vertrauen helfen, den Wunsch nach innerer Kündigung zu bremsen, wenn Mitarbeitende sich einem Bruch des «psychologischen Vertrages»²⁸ seitens der Arbeitgebenden gegenüber sehen²⁹. Vertrauen entsteht aber wiederum erst durch sogenannte «positive psychology interventions»³⁰ und die längere Erfahrung, dass dieser innere Vertrag (sowie der rechtlich bindende Arbeitsvertrag) von der Gegenseite auch tatsächlich eingehalten wird³¹. Es hat sich auch gezeigt, dass nicht alles, was Arbeitnehmenden als Vertrauen «verkauft» wird (wie z.B. sogenannte Vertrauensarbeitszeit, Partizipation), diese Wirkung tatsächlich auch hat³². 382

2. Organisatorische und soziale Ressourcen

Organisatorische und soziale Ressourcen («Arbeitsressourcen»³³) sind die Kehrseite der Belastungsfaktoren der Arbeitsorganisation (oben § 4). Belastungsfaktoren wie z.B. das Betriebsklima, Handlungsspielräume³⁴ können nämlich **zugleich auch Schutzfaktoren** sein³⁵, so wie die Erholungszeit das Pendant zur Arbeitszeit ist³⁶. Ressourcen wie Autonomie und Erholungszeiten können sich aber nur als solche positiv auswirken, wenn für die Arbeitnehmenden tatsächlich die Möglichkeit besteht, sie als solche nutzen zu können³⁷. 383

Halt und Orientierung (Containment³⁸) durch Führung, Kollegialität, Professionalität und gute Arbeitsbedingungen sind **soziale Ressourcen**, die ermöglichen, eine hohe Arbeitsintensität zu bewältigen³⁹. Die Erfüllung des «psy- 384

²⁸ Das Konzept des psychologischen Vertrages meint, dass zwischen Mitarbeitenden und Unternehmen teilweise unausgesprochene und z.T. nicht einmal bewusste Erwartungen bestehen (RAEDER/GROTE, S. 8).

²⁹ HIRIGOYEN, S. 18; KERNEN, S. 43; RAEDER/GROTE, S. 33.

³⁰ MEYERS CHRISTINA M./VAN WOERKOM BAKKER ARNOLD B., The added value of the positive. – A literature review of positive psychology interventions in organizations, in: European Journal of work an organizational Psychology, 1/2012, S. 1–15, S. 3 f.

³¹ RAEDER/GROTE, S. 16 ff.

³² DORSEMGAGEN u.a., S. 36 ff.; GERAMANIS, S. 349 f. und unten Rz. 686.

³³ DEMEROUTI, S. 52.

³⁴ BFS, Sozialbericht 2011, S. 52; FUNK, S. 105; GERLMAIER, Ursachen, S. 62 f.; GREBNER u.a., S. 54; KRIEGER/PEKRUHL/LEHMANN GRAF, S. 44 f.; ULICH, Arbeitspsychologie, S. 203 ff.

³⁵ HAFEN, Grundlagen, S. 216 f.; KERNEN, S. 54 f.

³⁶ LÄUBLI/MÜLLER, S. 22.

³⁷ GERLMAIER, Ursachen, S. 81; GREBNER u.a., S. 24 und 57.

³⁸ Oben Rz. 348.

³⁹ DEMEROUTI, S. 53 f.; DASER/KERSCHGENS, S. 61; KRIEGER/PEKRUHL/LEHMANN/GRAF, S. 45.

chologischen Vertrages» durch die Arbeitgeberin trägt zu einem guten Gesundheitszustand bei⁴⁰. Auf die grosse Bedeutung der Wertschätzung wurde schon hingewiesen⁴¹. Ebenfalls von grosser Bedeutung sind Teamzusammenhalt und gegenseitige Unterstützung, was jedoch durch gewisse Abrechnungspraktiken verhindert wird, weil solche Leistungen nirgends verrechnet werden können und zu «Minusstunden» bei den Hilfsbereiten führen⁴².

- 385 Es konnte auch nachgewiesen werden, dass Leute mit **tiefen Löhnen** ihre individuelle Stressbewältigungsfähigkeit selber schlechter beurteilen also solche mit höheren Löhnen⁴³. Allerdings üben Arbeitnehmende mit wenig Lohneinkommen eher Arbeiten mit weniger psychisch belastenden Faktoren aus⁴⁴. Insgesamt konnte belegt werden, dass Burnout bei gleichzeitig hohen Arbeitsanforderungen *und* fehlenden Arbeitsressourcen auftritt, ja für eine Belegschaft sogar vorausgesagt werden kann⁴⁵.
- 386 Im **Input-Output-Modell**⁴⁶ sind die Arbeitsbelastungen wie auch die (sozialen und organisatorischen) Arbeitsressourcen als «Input» zu bewerten. Die personalen Ressourcen und der innere Vorgang der Beanspruchung bilden den «black-box»-Anteil⁴⁷ des Geschehens. Als Output können die Beanspruchungsfolgen gelten.

C. Beanspruchungsfolgen

- 387 Während der innere Vorgang der Belastung für Aussenstehende (und oft selbst für Betroffene) nicht wahrnehmbar ist, können gewisse Folgen von Beanspruchungen («Output») von aussen beobachtet werden. Selbstredend lösen nicht alle Einwirkungen auf die Psyche der Arbeitnehmenden negative Folgen aus. Vielmehr können selbst ungünstige Umstände wie Zeitdruck, fehlende Arbeitsmittel zu **erstrebenswerten Folgen** führen wie etwa zum Erhalten und Weiterentwickeln des Leistungsvermögens, Erweitern von Kenntnissen, Fähigkeiten und Fertigkeiten oder zur Zunahme von Motivation⁴⁸. Es kann sich bis zu einem gewissen Grad auch eine Anpassung und Übung einstellen. Die gesundheitsbeeinträchtigenden Effekte von Arbeitslosigkeit sprechen schon dafür, dass Arbeiten grundsätzlich gesundheitlich

⁴⁰ RAEDER/GROTE, S. 32.

⁴¹ Rz. 351 ff.

⁴² GERLMAIER, Ursachen, S. 79.

⁴³ RAGNI, S. 18.

⁴⁴ RAGNI, S. 151 ff.

⁴⁵ DEMEROUTI, S. 54.

⁴⁶ Oben Rz. 267.

⁴⁷ HAFEN, Grundlagen, S. 35; BÜLLESBACH, Systemtheorie, S. 436.

⁴⁸ HEILMANN/HAGE, S. 669; SECO, Anhang Wegleitung Art. 2 ArGV3, S. 302-C.

stabilisierend wirkt⁴⁹. Erwerbsarbeit kann also sowohl ein Risiko- als auch ein Schutzfaktor sein⁵⁰.

Auch die allgemein anerkannten Belastungsfaktoren (oben § 4) sind nicht grundsätzlich für jede Person stressauslösend. Wenn Erwerbstätige aber solchen Faktoren über **längere Zeit** ausgesetzt sind⁵¹, dann besteht eine grössere Wahrscheinlichkeit, dass ihr Befinden beeinträchtigt wird (z.B. reduzierte Arbeits- und Lebenszufriedenheit, Erschöpfung) und dass Gesundheitsprobleme auftreten.

Nicht nur, wenn ein einzelner Faktor über längere Zeit einwirkt, sondern auch, wenn **mehrere Faktoren** zusammen einfließen oder einzelne Faktoren sehr intensiv sind, steigt die Wahrscheinlichkeit von negativen Gesundheitsfolgen⁵². Insbesondere das Zusammenfallen von hohen Belastungen und geringen Ressourcen begünstigt negative Folgen⁵³, weil dann kein Gleichgewicht mehr besteht⁵⁴.

Als **Beanspruchungsfolgen** werden genannt: Konzentrationsschwäche, Leistungseinbussen (z.B. vermehrte Fehler), Schlafstörungen, Appetitlosigkeit, Müdigkeit, Übelkeit, Durchblutungsstörungen, Atemlosigkeit, Muskelschwäche, Haarausfall, Bluthochdruck, Angst, Aggressivität, sozialer Rückzug, Verwirrungszustände, beschleunigte Alterung⁵⁵. Alle diese emotionalen, verhaltensmässigen, kognitiven oder körperlichen Störungen können sich zu Beschwerden mit Krankheitswert ausweiten und Suchtverhalten (Doping)⁵⁶ begünstigen. Sie können auch Unfälle begünstigen, was die Suva seit den 1990er-Jahren veranlasste, «Verhaltensfragen» stärker zu beachten⁵⁷.

Die **Zusammenhänge** zwischen Belastungsfaktoren und Gesundheitsindikatoren wie Angst, Depressivität, Gereiztheit, psychosomatischen Beschwerden sind inzwischen zunehmend auch durch Längsschnittuntersuchungen belegt⁵⁸. Erst wenig geklärt ist, inwieweit *bestimmte* Belastungskonstellationen *spezifische* Folgewirkungen begünstigen⁵⁹; allerdings gibt es Hinweise darauf, dass qualitative Über- und Unterforderung eher kognitive und emotionale Aspekte

⁴⁹ LENHARDT/ROSENBROCK, S. 324; OECD, S. 52; WICKI, S. 96.

⁵⁰ HAFEN, Grundlagen, S. 216.

⁵¹ HEILMANN/HAGE, S. 673.

⁵² HEILMANN/HAGE, S. 670; UDRIS, S. 88.

⁵³ TIESTE, Überarbeitung, S. 30 f.

⁵⁴ Oben Rz. 377.

⁵⁵ GALLI, S. 8; GREBNER u.a., S. 7; PORTMANN, Stresshaftung, S. 3; TIESTE, Überarbeitung, S. 31 ff.

⁵⁶ GREBNER u.a., S. 88 f.

⁵⁷ DEBRUNNER/JOST/WÜTHRICH, S. 377.

⁵⁸ JANSEN, S. 65 m.w.H.; KERNEN, S. 116; UDRIS, S. 88.

⁵⁹ MOSSINK, S. 21.

wie Selbstbewusstsein, Depressivität und Zufriedenheit beeinflussen, dass hingegen Arbeitsintensität, Zeitdruck, Umgebungsbelastungen, organisatorische Probleme, Konflikte usw. sich eher in körperlichen, d.h. psychosomatischen Beschwerden wie Spannungsschmerzen, Schlafstörungen, Herz-Kreislauferkrankungen niederschlagen können⁶⁰. Eindeutige kausale Nachweise sind auch dadurch erschwert, dass psychische und psychosomatische Erkrankungen meist nicht monokausal sind und auch bei den Belastungen am Arbeitsplatz häufig ein Zusammenwirken mehrerer Faktoren vorliegt⁶¹.

- 392 Als **Krankheiten**, die durch psychische Belastungen am Arbeitsplatz begünstigt werden, gelten: Magen-Darm-, Herz- und Gefässkrankheiten⁶², Rücken- und Nackenschmerzen, Angststörungen, Suchterkrankungen⁶³. Auch krankheitsbedingte Todesfälle und Suizide können durch negativ empfundene Arbeitsbelastungen begünstigt werden⁶⁴.
- 393 **Burnout**⁶⁵ ist eine gesundheitliche Störung mit i.d.R. Krankheitswert⁶⁶ und «führt zu Inanspruchnahme des Gesundheitswesens», gilt aber nicht als invalidisierender Gesundheitsschaden⁶⁷. Burnout wird definiert als ein Syndrom bestehend aus empfundener *emotionaler Erschöpfung*, *Depersonalisierung* und *reduzierter persönlicher Leistungsfähigkeit*⁶⁸. Diese drei Dimensionen des Burnout-Syndroms werden z.B. mit dem «Maslach Burnout Inventory» gemessen. Burnout zeigt sich als psychophysische Erschöpfung, bei welcher die Betroffenen den Anforderungen des Alltags immer unzureichender gewachsen sind, meist basierend auf bestimmten Persönlichkeitsmerkmalen und als Folge von Selbstüberforderung bei der Arbeit⁶⁹. Empirische Forschungsergebnisse räumen mit einem weit verbreiteten Vorurteil auf⁷⁰:

⁶⁰ UDRIS, S. 89; BACKÉ EVA/LATZA UTE, Stress am Arbeitsplatz und seine Auswirkungen auf Herz und Gefässe, in: baua: Aktuell 2/2012, S. 9 (auf: www.baua.de).

⁶¹ KIVIMÄKI MIKA u.a., Job strain as a risk factor for coronary heart disease – a collaborative meta-analysis of individual participant data, in: The Lancet, September 2012 (online); OPPOLZER, S. 105.

⁶² TIESTE, Stress, S. 159 ff.

⁶³ OPPOLZER, S. 80 f.

⁶⁴ GREBNER u.a., S. 8; PETERMANN, Pflichten, S. 10; TIESTE, Überarbeitung, S. 114 ff.

⁶⁵ Beschreibung der Symptome in: SECO, Anhang Wegleitung Art. 2 ArGV3, S. 302-F; KERNEN, S. 17 ff.; COHIDON/IMBERON, S. 259 f.

⁶⁶ Oben Rz. 221. Gemäss ICD-10, Ziff. Z73.0. gilt Burnout jedoch lediglich als Faktor, der den Gesundheitszustand beeinflusst.

⁶⁷ BGer vom 20.9.2011 8C_302/2011, E. 2.3.

⁶⁸ MASLACH CHRISTINA UND JACKSON SUSAN E., Burnout in organizational settings, in: Applied Social Psychology Annual 5/1984, S. 133–153; DEMEROUTI, S. 50.

⁶⁹ PETERMANN, Pflichten, S. 11.

⁷⁰ DEMEROUTI, S. 55.

Burnout lässt sich nicht so sehr auf die individuellen Eigenschaften, Fähigkeiten und Fertigkeiten der arbeitenden Person, sondern vielmehr auf Merkmale der Arbeitssituation zurückführen. Demnach sollte Burnout primär durch geeignete Massnahmen der Arbeitsgestaltung (Reduzierung der Arbeitsanforderungen und Erhöhung von Arbeitsressourcen) begegnet werden.

Die Diagnose Burnout scheint mit einem weniger grossen Stigma verbunden und gesellschaftlich akzeptierter zu sein als die Diagnose (Erschöpfungs)-Depression⁷¹, obgleich die Symptome ähnlich sind. Unter **Depression**⁷² wird in der Medizin nach ICD-10 (F.32) und DSM IV eine psychosoziale Überforderung verstanden. Sie wird i.d.R. durch traumatische Erlebnisse in der Vergangenheit, durch Persönlichkeitsfaktoren, vielleicht auch durch genetische Disposition begünstigt und durch eine aktuelle psychosoziale Belastung ausgelöst⁷³. 394

⁷¹ LUGINBÜHL, S. 73.

⁷² Gemäss ICD-10, Ziff. F32-F33. S. auch TIESTE, Stress, S. 72 ff.

⁷³ PETERMANN, Pflichten, S. 11.

§ 6 Messbarkeit

- 395 Der **Wirkungszusammenhang** zwischen den psychischen *Belastungsfaktoren* sowie organisatorischen und sozialen *Ressourcen* (Input) und den *Beanspruchungsfolgen* (Output) konnte vorstehend erklärt und die einzelnen Elemente dargelegt werden. Die *Beanspruchung* und das Zufließen von personalen Ressourcen ist ein subjektiver Vorgang, der selber nicht sichtbar ist und nur in seinen Auswirkungen beobachtet werden kann. Diese Erkenntnisse haben sich durch wissenschaftliche Studien verfestigt. Diese beruhen zum Teil auf medizinisch objektiven Daten, meist aber auf Selbstauskünften der Arbeitnehmenden, zum Teil auch auf Beobachtungen von aussen, was bei der Beurteilung ihres Aussagewertes jeweils zu berücksichtigen ist¹.

A. Bedürfnis nach Messungen

I. Im Rechtsvollzug

- 396 Unsichtbare Umstände stellen nicht nur die Wissenschaft, sondern auch den **Rechtsvollzug** vor Probleme. Im Hinblick auf die rechtliche Konkretisierung fragt es sich, ob es Möglichkeiten gibt, die psychische Beanspruchung einer Objektivierung zuzuführen, indem wenigstens Input und/oder Output nach anerkannten Messmethoden gemessen werden können. Erfahrungen in Dänemark und Spanien haben gezeigt, dass sich eine Verbesserung im Vollzug erreichen lässt, wenn sich die Durchführungsbehörden (z.T. zusammen mit den Gewerkschaften) auf Erhebungs-Tools² oder einheitliche Fragebogen einigen können³.
- 397 Eine **Objektivierung** ist wünschenswert. Je klarer und objektiver die Anforderungen an den psychischen Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz formuliert werden können, desto besser können sich die Betriebe darauf einstellen (z.B. durch interne Kontrollinstrumente⁴) und desto weniger sind sie Wertungsentscheiden der Behörden ausgesetzt. Umgekehrt kann vermehrte Objektivierung den Vollzugsorganen ihre Arbeit erleichtern, und nicht zuletzt können Arbeitnehmende dadurch ihre Ansprüche besser durchsetzen

¹ EN ISO 10075-3, S. 9 bzw. 113; Ulich, Arbeitspsychologie, S. 489.

² S. unten Rz. 409.

³ MEYN, S. 96 f. und 98 ff.

⁴ S. z.B. WINISTÖRFER HERBERT u.a., Management der sozialen Verantwortung in Unternehmen, Leitfaden zur Umsetzung, München 2012, S. 290 ff.

II. In den Betrieben

Befragungen von Mitarbeitenden mögen ein wichtiges Instrument einer zielgerichteten **Unternehmens- und Organisationsentwicklung** sein; ob sie zur Ermittlung des Präventionsbedarfes aber immer das geeignete Mittel sind⁵, ist damit noch nicht gesagt. 398

Viele Betriebe verbinden **psychischen Gesundheitsschutz** mit der irrigen Meinung, dieser bedürfe unabdingbar einer vorgängigen Befragung der Mitarbeitenden. Vielfach soll mit einer Befragung beim Personal das Bewusstsein für psychische Risiken geschärft werden. Einige Beratungsfirmen bieten sich auf dem Markt an, um in Unternehmen und Verwaltungseinheiten als neutrale Aussenstehende Befragungen der Belegschaft durchzuführen. Meist offerieren sie danach Stressbewältigungsprogramme für diejenigen, die sich als gesundheitlich gefährdet «geoutet» haben. An den vom Betrieb (ihrem Auftraggeber) ausgehenden Arbeitsbelastungen, wie sie in den vorstehenden Kapiteln aufgezeigt wurden, ändert dann hingegen häufig nichts. Einzig mit Verhaltensprävention ohne Einbezug der Verhältnisse am Arbeitsplatz sind die rechtlichen Anforderungen (Art. 6 Abs. 2 ArG) aber nicht erfüllt. 399

Verbreitet ist auch die Überzeugung, erst durch eine Umfrage ergebe sich, wo die psychische **Prävention ansetzen** müsse; solange sich niemand beschwere, müsse man nichts vorkehren. Dem ist jedoch nicht so. Es ist gemäss Art. 3 Abs. 1 ArGV3 zwar die Aufgabe der Arbeitgebenden «die *Massnahmen* der Gesundheitsvorsorge» regelmässig auf *Risiken* hin zu durchleuchten und diese soweit möglich und zumutbar zu beseitigen. Dafür sollte im Vordergrund stehen, dass Führungskräfte zunächst selber ihren Arbeitsbereich auf die bekannten psychischen Arbeitsbelastungen (oben § 4) und organisationalen sowie sozialen Ressourcen (oben Rz. 383 ff.) hin überprüfen einschliesslich einer kritischen Selbstreflexion. 400

Ergänzend können die Instrumente der **Mitwirkung** genutzt werden. Ob damit aber gerade die *psychischen* Risiken vollständig erfasst werden können, ist zweifelhaft⁶. Es kann daher auch sinnvoll sein Fachleute beizuziehen, die Abläufe und Umgang mit und unter dem Personal beobachten. Vielfach können auch Beauftragte für Case Management und Wiedereingliederung, interne Vertrauenspersonen und einzelne Mitarbeitende in Beurteilungsgesprächen oder beim Ausscheiden aus dem Betrieb Hinweise auf Defizite beim psychischen Gesundheitsschutz geben. Es ist daher erstaunlich, wie häufig und wie 401

⁵ MATTHIESSEN-KREUDER, S. 266.

⁶ Dazu unten Rz. 603 ff.

unkritisch die flächendeckende Informationsbeschaffung in den Betrieben propagiert wird⁷.

- 402 Wie oben in § 2 ausgeführt wurde, gehören zum geschützten Personenkreis im öffentlichrechtlichen Arbeitsschutz auch **potentielle Arbeitnehmende**⁸. Es kann also gar nicht allein auf die Befindlichkeit der aktuellen Belegschaft ankommen, ob die Anforderungen an die Prävention erfüllt sind. In Teil 5 wird später noch näher dargelegt, dass es ein wichtiger Unterschied zur zivilrechtlichen Fürsorgepflicht ist, dass die *öffentlichrechtliche* Pflicht der Arbeitgebenden zur Gesundheitsvorsorge auch ohne negative Anzeichen seitens der beschäftigten Arbeitnehmenden durchgesetzt werden kann⁹.
- 403 Es muss also nicht sein, dass Initialzündung für die Umsetzung des psychischen Gesundheitsschutzes im Betrieb eine allgemeine Befragung der Mitarbeitenden ist. Information und Bewusstseinsbildung erfolgt besser direkt. Befragungen können jedoch ein geeignetes **Mittel sein zur Überprüfung**, ob getroffene Massnahmen auch die erhoffte Wirkung gezeigt haben, oder um *neue* Probleme frühzeitig zu identifizieren. Hier ist man aber auf verlässliche Erhebungsinstrumente angewiesen. Wie aussagekräftig sind aber durch Befragung gewonnene Informationen überhaupt?

B. Feststellung des Inputs

- 404 Die **physischen Belastungen** sind i.d.R. mit den Sinnen wahrnehmbar. Aber auch hier können nur gewisse Einflüsse gänzlich objektiv gemessen werden, wie etwa die Anzahl Kubikmeter Luft pro arbeitende Person, die Raumtemperatur, die Anzahl Lux oder Dezibel. Hier können Arbeitsinspektionen vor Ort den Sachverhalt zweifelsfrei feststellen. Wenn dieser den gesetzlichen Vorgaben nicht entspricht, sind Anpassungen vorzunehmen.
- 405 Ein Blick in die ArGV3 zeigt aber, dass auch bei gewissen physischen Anforderungen zu **Umschreibungen** gegriffen werden musste, weil eine Objektivierung nicht möglich ist. So heisst es z.B.: Decken, Wände wie auch Böden «sollen so beschaffen sein, dass sie leicht gereinigt werden können und sich möglichst wenig Staub und Schmutz darauf ablagern.» (Art. 13 und 14 ArGV3). Ein weiterer Normtypus richtet die Anforderungen nach dem konkreten Verwendungszweck, wie z.B. den Lichtverhältnissen (Art. 15) oder signalisiert, dass eine «*übermässige*» Belastung zu vermeiden ist, wie z.B. bei Sonneneinwirkung und Wärmestrahlung (Art. 20 ArGV3). Bisweilen wird auch nur auf das *Ziel* Bezug genommen, wie «ein der Gesundheit nicht ab-

⁷ EU-PARLAMENT, S. 27 f.

⁸ Siehe auch unten Rz. 448.

⁹ Näheres dazu Rz. 728 ff.

trägliches» Raumklima (Art. 16 ArGV3). Ein Einschreiten der Durchführungsbehörde setzt in all diesen Fällen eine Differenzierung voraus. Soweit diese an gewisse Parameter (wie z.B. stehende oder sitzende Tätigkeit bei der Raumtemperatur) geknüpft werden können, lassen sie sich generell-abstrakt konkretisieren, wie die Wegleitung zu den vorgenannten Bestimmungen zeigt. In den einzelnen Anwendungsfällen kommt man aber bereits hier nicht mehr ohne Wertungsentscheide aus, denn was sind z.B. «der Arbeit angepasste» Sehverhältnisse (Art. 15 Abs. 2 ArGV3)?

Bei **psychischen Arbeitsbelastungen** gibt es welche, die objektiv festgestellt werden können, nämlich effektive Dauer und Lage der Arbeitszeit, bzw. der Erholungszeiten (Pausen, Ruhezeiten, Ferien). Auch bei gewissen interpretationsbedürftigen Belastungen, wie Über-/Unterforderung (z.B. Anzahl zu betreuende Patienten, Grösse von Schulklassen etc.), Arbeitstempo, Störunganfälligkeit von Arbeitsmitteln könnte eine stärkere Objektivierung und Differenzierung in Betracht gezogen werden, wozu aber die arbeitswissenschaftlichen Grundlagen (weitgehend noch) fehlen¹⁰.

Wenn es aber um fehlende Handlungs- und Entscheidungsspielräume, Informationen, Klarheit, Wertschätzung sowie um Widersprüche, Zeitdruck, Diskriminierungen, Mobbing etc. geht, ist man weitgehend auf die **Informationen der Betroffenen** angewiesen, ob solche Belastungen bestehen, bzw. welche Ressourcen vorhanden sind oder fehlen¹¹. All dies lässt sich ja nicht bei einem einmaligen Rundgang durch den Betrieb ohne weiteres bzw. mit Messinstrumenten feststellen. Welche Möglichkeiten bieten sich da an?

Wer hofft, durch die **ISO-Norm 10075-3** über «Messung und Erfassung psychischer Arbeitsbelastungen» eine eindeutige Antwort zu erhalten, wird enttäuscht.

Es gibt nicht den einen besten Weg zur Erfassung der psychischen Arbeitsbelastung, da die jeweils geeignetste Weise der Erfassung oder Messung der psychischen Arbeitsbelastung vom Zweck der Erfassung abhängt, der die Erfassung unterschiedlicher Aspekte der psychischen Arbeitsbelastung, die Anwendung unterschiedlicher Messtechniken und unterschiedlicher Präzisionsgrade erforderlich machen.

Was die Norm leistet ist, dass sie *Fachleuten* psychometrische Gütekriterien liefert. Es würde ja «auch niemandem einfallen, allein anhand des Studiums einer Norm ohne fachliche Grundkenntnisse statische Berechnungen für Brückenkonstruktionen durchführen zu wollen»¹². Nur weil wir alle Arbeitsbelastungen erleben und damit verbundene Gefühle kennen, können wir noch nicht psychische Arbeitsbelastungen aussagekräftig messen.

¹⁰ Siehe dazu oben Rz. 305.

¹¹ HAFEN, Grundlagen, S. 155; KERNEN, S. 66 ff.; VON TROTHA, S. 121.

¹² NACHREINER, S. 11.

- 409 Auf der Homepage der deutschen Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin werden gegen 100 **Erhebungs-Tools** zu psychosozialen Risiken aufgelistet. Die einen sind auf wissenschaftliche Datenerhebungen ausgerichtet; einige sind für den Einsatz durch Unternehmen selber oder für Vollzugsorgane konzipiert. Darunter ist auch die Checkliste Stress der Suva¹³. Sie sind hinsichtlich ihrer Aussagekraft unterschiedlich zu bewerten¹⁴. Fachleute sind sich einig, dass Diagnoseinstrumente für Unternehmen zur Selbst-Ermittlung psychosozialer Risiken unzulänglich sind¹⁵. Es scheint demzufolge, dass sowohl Unternehmen wie rechtsanwendende Behörden und Gerichte nicht ohne fachspezifische Expertise auskommen.
- 410 Es gibt auch objektiv feststellbaren Tatsachen aus denen **indirekt Hinweise** auf Arbeitsbelastungen zu entnehmen sind. Das würde dann bedeuten, den Output zu messen.

C. Feststellung des Outputs

- 411 Hinweise auf das Geschehen der Belastung und Beanspruchung kann auch die Feststellung der **Belastungsfolgen** (Output) geben. Der klarste Hinweis besteht, wenn das Schutzziel verfehlt wurde, also *Erkrankungen* aufgetreten sind. So gilt die Messung des Krankenstandes bzw. der Fehlzeiten eines Unternehmens als wichtiges Indiz für Erfolg oder Misserfolg von Prävention.
- 412 Seitdem jedoch bekannt ist, wie gross das Ausmass des Präsentismus ist¹⁶, können Zahlen über die krankheitsbedingten **Abwesenheiten** kaum mehr als aussagekräftig gelten¹⁷. D.h. man ist auch hier wieder auf Angaben der Arbeitnehmenden angewiesen, ob sie trotz Krankheit zur Arbeit erscheinen.
- 413 Viele Erhebungen setzten nicht erst bei den Meldungen von Erkrankungen, sondern schon bei den **Beschwerden**¹⁸ ein, die die Arbeitnehmenden berichten oder beziehen sich auf Selbsteinschätzungen ihres Gesundheitszustandes¹⁹.

¹³ Zurzeit wird das für Schweizer Unternehmen entwickelte Stresstool der Stiftung Gesundheitsförderung Schweiz nicht mehr aufgeführt.

¹⁴ RICHTER GABRIELE, Toolbox Version 1.2 – Instrumente zur Erfassung psychischer Belastungen, Dortmund 2010; BAUA-Toolbox auf: www.baua.de

¹⁵ FAHLBRUCH/SCHÖBEL, S. 53; RICHTER/SCHATTE, S. 40.

¹⁶ DORSEMAGEN u.a., S. 31ff.; GREBNER u.a., S. 82; PÄRLI/HUG, S. 3; SCHULER/BURLA, S. 65.

¹⁷ WELLMANN/LEMPERT-HORSTKOTTE, S. 239.

¹⁸ Z.B. GREBNER u.a., S. 79; KÄMPF/BOES/TRINKS, S. 107.

¹⁹ Z.B. GREBNER u.a., S. 77 ff.

Erstaunlich ist, dass Instrumente für die **Unternehmensbewertung** keine 414 anerkannten Erhebungsmethoden liefern²⁰. Bei einer «Human Resource Due Diligence» wird zwar der Wert des Personals und der Aufwand einer Integration in ein anderes Unternehmen bestimmt, dieser beschränkt sich aber auf Personalstruktur, Personalkosten, Vergütungssysteme, Pensionskassensysteme, betriebliche Mitbestimmung, nicht aber auf den gesundheitlichen Zustand des Personals²¹; allenfalls machen sich Käufer eines Betriebs ein Bild über die «Unternehmenskultur» ganz allgemein und durchleuchten Schlüsselpersonal im direkten Kontakt²². Diesem Informationsmangel will offenbar das Burnout-Ranking²³ für die börsenkotierten Unternehmen in Deutschland abhelfen, welches kürzlich erstmals auf privater Basis publiziert wurde²⁴ und erschreckende Zahlen lieferte²⁵.

Erst im **Vergleich** erhalten gewisse Daten eine Aussagekraft. So kann z.B. 415 die Personalfluktuations²⁶ oder die Anzahl von Reduktionen des Arbeitspensums²⁷ und Frühpensionierungen²⁸ in einzelnen Betrieben erhoben werden, u.U. ergänzt mit einer Befragung nach den Gründen und mit anderen Betrieben z.B. der gleichen Branche verglichen werden. Als zu wenig aussagekräftig haben sich aber Vergleiche auf der Makro-Ebene erwiesen z.B. mit Indikatoren wie Glück²⁹, Brutto-Inland-Produkt³⁰ oder allgemeiner Arbeitszufriedenheit³¹.

²⁰ PETERMANN, NZZ, S. 75; WELLMANN/LEMPERT-HORSTKOTTE, S. 21. S. aber ROMELKE FRANK, Risikomanagement Solvency II: Überblick sowie Analyse der Auswirkungen auf den Arbeitsschutz, in: Praktische Arbeitsmedizin, 2009/15, S. 8–14, S. 14.

²¹ Z.B. International Financial Reporting Standards (IFRS), Auflage 1.0, IAS 19 (Leistungen an Arbeitnehmer) und IAS 38 (Immaterielle Vermögenswerte); BREINER IRÈNE in: HR Today, 4/2006; WELLMANN/LEMPERT-HORSTKOTTE, S. 233.

²² FALLER MARKUS, Strategieorientierte HR Due Diligence, Diss. Univ. Mannheim, Köln 2006, S. 245 f. und 247.

²³ Auf Basis der Zahl ihrer stationären Patienten haben Asklepios-Mediziner die Menge der unter Burnout-Symptomen leidenden Beschäftigten in Dax-Konzernen beziffert. Manager Magazin (Hamburg), 6/2012, S. 105 ff.

²⁴ Auch bei vorsichtiger Schätzung erlitten in Deutschland im Jahr 2011 zwischen 5,8% (Allianz) und 1,5% (Volkswagen) der Belegschaft ein Burnout (Manager Magazin, Hamburg, 6/2012, S. 107).

²⁵ Z.B. GREBNER u.a., S. 84 f.; zum Begriff «Personalfluktuations»: NEUHAUS, S. 39 ff.

²⁶ Z.B. BFS, Teilzeitarbeit, S. 15.

²⁷ Z.B. BFS, Teilzeitarbeit, S. 17.

²⁸ HOCHULI GISELA/BRUNNER-PATTHEY OLIVIER, Warum ist Glücksforschung für die Sozialversicherungen wichtig? in: CHSS 6/2011, S. 315–318, S. 317.

²⁹ HALL JON, Subjektives Wohlbefinden: wissenschaftliche Aufarbeitung und politische Umsetzung, in: CHSS 6/2011, S. 303–307, S. 303; MÉDA DOMINIQUE/JANY-CATRICE FLORENCE, Unmögliche Politik des Glücks? in: CHSS 6/2011, S. 311–314, S. 313;

- 416 Vom Output (Erkrankungen) **Rückschlüsse auf den Input** (Arbeitsbelastungen, fehlende Ressourcen) und damit auf Präventionsbedarf zu ziehen, ist im Einzelfall schwierig und bedarf häufig interdisziplinärer Kompetenzen³². Bei körperlichen Folgen von physischen Einwirkungen mag ein Rückschluss noch angehen. So lässt sich z.B. ein Gehörschaden nach langer intensiver Lärmexposition medizinisch erklären; sowohl Exposition (z.B. Dezibel/Dauer) wie Ausmass der Gesundheitsbeeinträchtigung (z.B. Hörverlust) kann man i.d.R. objektiv feststellen. Schwieriger ist dies aber bei physischen Einwirkungen, die sich in einer psychischen Erkrankung (z.B. Depression infolge Lärms) manifestieren und bei psychischen Belastungen, die sich körperlich auswirken (psychosomatischen Erkrankungen).
- 417 Am meisten Probleme bereiten die durch psychische Einwirkungen³³ bedingten **psychischen Krankheiten**. Hier ist weder die Einwirkung noch die Krankheitsfolge objektiv feststellbar. Selbst für Fachleute sind die Diagnosen (wie z.B. Burnout) nicht immer klar Entstehungsfaktoren zuzuordnen³⁴. Dies ist die besondere Herausforderung für den Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken. Damit Vorgesetzte Anzeichen von psychischen Störungen richtig deuten, müssen sie sensibilisiert sein, gleichzeitig dürfen sie aber nicht in die Falle tappen, abweichendes Verhalten zu pathologisieren und zu stigmatisieren³⁵.

D. Angaben von Arbeitnehmenden

I. Verlässlichkeit

- 418 **Befragungen der Beschäftigten** können «fundamentale Wahrheiten über menschliche Befindlichkeiten in der Arbeitswelt»³⁶ aufzeigen. Das «Commitment»³⁷, die innere Verpflichtung bzw. die Bindung der Mitarbeitenden, zu kennen, ist für die Zukunft eines Unternehmens essentiell³⁸. Um aussage-

STIGLITZ JOSEPH E./SEN AMARTYA/FITOUSSI JEAN-PAUL, Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress, Paris 2009, S. 21 ff.

³¹ GREBNER u.a., S. 70; NEUHAUS, S. 201 f.; RAEDER/GROTE, S. 53 ff.; ULICH/WIESE, S. 97 ff.

³² LUDBORZS, S. 127.

³³ GALLI, S. 43.

³⁴ PETERMANN, NZZ, S. 75.

³⁵ HAFEN, Grundlagen, S. 295; ISPMZ, S. 12; RITTLER STEFAN, Vorwort zu BAER/FRICK/FASEL/WIEDERMANN.

³⁶ MATTHIESSEN-KREUDER, S. 269.

³⁷ KERNEN, S. 41 f.; NEUHAUS, S. 29 und 60 ff.

³⁸ MATTHIESSEN-KREUDER, S. 271; RAEDER/GROTE, S. 31.

kräftige Ergebnisse zu erhalten, braucht es jedoch fachkundige Unterstützung, um die richtigen Fragen richtig zu stellen³⁹. So konnte wissenschaftlich gut abgestützt ein signifikanter Zusammenhang zwischen der Meinung bzw. Bindung der Mitarbeitenden und ihrer Leistung nachgewiesen werden⁴⁰. Die Wahrnehmung der Erfüllung des «psychologischen Vertrages» kann bei Befragungen der Mitarbeitenden jedoch deutlich von der Befragung der Vorgesetzten abweichen⁴¹.

Umfrageforschung hat gezeigt, dass bei Datenerhebung durch Befragung erhebliche **Verzerrungen** der Wirklichkeit auftreten können⁴². Insbesondere das Abfragen von Befindlichkeiten, mit denen man psychische Belastung am Arbeitsplatz feststellen will, wird bisweilen methodisch fragwürdig durchgeführt⁴³. Gewisse Befragungen geben weniger die Tatsachen wieder als die Selbstdarstellung der Handelnden⁴⁴. Die Antworten sind meist «systematisch zu positiv»⁴⁵. Viele Arbeitnehmende geben Überlastung nicht offen zu, um nicht den Verdacht aufkommen zu lassen, sie seien «dem Überlebenskampf der Arbeitswelt nicht ausreichend gewachsen»⁴⁶. Bisweilen sind sie aber auch nicht in der Lage, selber eine Überlastung zu erkennen⁴⁷. 419

Als Lösung für dieses Problem wird der **partizipative Einbezug** der Mitarbeitenden⁴⁸ bei Gefährdungsbeurteilungen⁴⁹ oder teilnehmende Beobachtung gesehen⁵⁰. Aber auch dies sind immer nur Momentaufnahmen, die z.B. die Belastungen durch Reorganisationen und Umstrukturierungen nicht (rechtzeitig) erfassen können. 420

³⁹ MATTHIESSEN-KREUDER, S. 275.

⁴⁰ MATTHIESSEN-KREUDER, S. 274.

⁴¹ RAEDER/GROTE, S. 37.

⁴² HAFEN, Grundlagen, S. 155; LETSCH, Rz. 150; LUDBORZS, S. 125; REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 64; VON TROTHA, S. 121; NACHREINER, F./SCHÜTTE, M., Zur Messung psychischer Belastung und Beanspruchung, in: Zs. für Arbeitswissenschaft, Stuttgart 2002, S. 1–2.

⁴³ LUDBORZS, S. 125 f.

⁴⁴ REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 65; S. auch TROST ARMIN/BUNGARD WALTER, Die Interrealibilität von Ergebnissen aus Mitarbeiterbefragungen, in: Zs. für Arbeits- und Organisationspsychologie, 48/2004/3, S. 122–131, S. 130.

⁴⁵ BORG INGWER, Affektiver Halo in Mitarbeiterbefragungen, in: Zs. für Arbeits- und Organisationspsychologie, 2003, 47, 1, S. 1–11.

⁴⁶ PODEHL, S. 2091.

⁴⁷ Vgl. oben Rz. 381.

⁴⁸ DUNKEL u.a., S. 363.

⁴⁹ Dazu unten Rz. 564 ff.

⁵⁰ TIESTE, Stress, S. 300.

II. Datenschutz

- 421 Befragen Unternehmen ihre Beschäftigten zu ihren Arbeitsbelastungen und ihrem Gesundheitszustand, stellen sich zahlreiche Rechtsfragen bezüglich des **Datenschutzes**⁵¹. Umso erstaunlicher ist es, wie vorbehaltlos Mitarbeiterinnenbefragungen und Stress-Audits häufig empfohlen werden⁵².
- 422 Welche Daten dürfen Arbeitgebende im **Interesse des Gesundheitsschutzes** überhaupt erheben? Gemäss Art. 328b OR und Art. 4 DSG dürfen von Arbeitgebenden nur Gesundheitsdaten erhoben werden, die für die «Durchführung des Arbeitsvertrages» erforderlich sind⁵³. Die Verantwortung der Arbeitgebenden für den Gesundheitsschutz ist eine Rechtspflicht; sie wahrzunehmen gehört zur Durchführung des Arbeitsvertrages. Es kommt also darauf an, welche Daten für die Wahrung des Gesundheitsschutzes in einem Betrieb erforderlich sind, wobei dies eng auszulegen ist⁵⁴. Darüber hinausgehende Datenerhebungen sind auch nicht durch Einwilligung der Befragten rechtfertigungsfähig, da Art. 328a OR relativ zwingend ausgestaltet ist⁵⁵.
- 423 Gerade beim Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken sind viele Faktoren (z.B. Wertschätzung, Klarheit, Dilemmata etc.) nicht von aussen feststellbar, so dass man auf die Angaben der Betroffenen angewiesen ist. Dafür sind **zwei Kategorien** von Daten zu bilden: einmal Daten, die für die *Durchführung* des Arbeitsverhältnisses, also hier für den Gesundheitsschutz erforderlich sind⁵⁶ und zweitens solche Daten, die zur *Beendigung* des Arbeitsverhältnisses (oder auch zur Auflösung ganzer Abteilungen) dienen können. Es sind hier nämlich die gleichen Überlegungen zu machen, die bei Anstellungen gelten. Im Bewerbungsverfahren sind Fragen nicht zulässig, die dazu führen, dass gesundheitlich vorbelastete Menschen ungerechtfertigt aus dem Kreis geeigneter

⁵¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328b OR N 8 weisen unter Abschnitt «Interne Untersuchungen» darauf hin, dass sich die schweizerische Rechtswissenschaft der Befragung von Mitarbeitenden noch wenig angenommen hat.

⁵² Z.B. GREBNER u.a., S. 120; PODEHL, S. 2091; PORTMANN, Stresshaftung, S. 13; SECO, Mobbing, S. 62.

⁵³ LETSCH, Rz. 149; PÄRLI, Rz. 1359; ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 328b OR N 37; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328b OR N 6.

⁵⁴ LETSCH, Rz. 149; MÜLLER ROLAND, S. 171; PETERMANN, S. 6.

⁵⁵ AEBI-MÜLLER, S. 22; PÄRLI, Rz. 1412.

⁵⁶ Eine der zwölf Fragen der Gallup Q^{12®} lautet z.B., ob man einen «einen guten Freund» im Team habe, und eine andere, ob man Lob oder Anerkennung erhalten habe in den letzten sieben Tagen (MATTHIESSEN-KREUDER, S. 274 f.). STAEHELIN, ZK, Art. 328b OR N 6; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328b OR N 9.

Bewerber/innen ausgeschlossen werden⁵⁷. Dies muss analog auch gelten, wenn Arbeitnehmende der Gefahr einer Kündigung ausgesetzt sind⁵⁸.

Durch den Zweck des **Gesundheitsschutzes** können im Einzelfall **gerechtfertigt** sein Fragen zu Arbeitsbelastungen wie Zeitdruck, Arbeitsmenge, zwischenmenschlichen Problemen sowie organisatorische oder gewisse soziale Ressourcen (soweit sie nicht ausschliesslich das Privatleben betreffen). 424

In die zweite Kategorie, also Datenerhebungen, die **nicht zur Durchführung** des Vertrages gehören und nicht mit Gesundheitsschutz gerechtfertigt werden können, fallen hauptsächlich die Gesundheitsdaten, die dem Output zuzuordnen sind, also Anzeichen für gesundheitliche Beeinträchtigungen oder (i.d.R.) bestehende Krankheiten⁵⁹. Zu dieser Kategorie gehören aber auch Angaben zu den personalen Ressourcen, denn solche Fragen verletzen die Persönlichkeit der Arbeitnehmenden, da die Interessen der Arbeitgeberin hier nicht überwiegen⁶⁰. Fragen zum Freizeitverhalten, zu persönlichen Stressbewältigungsmassnahmen und zu Familienverhältnissen sind jedenfalls nicht zulässig⁶¹. Fragen, die für den Gesundheitsschutz nicht erforderlich sind, sind also tabu und dürfen gar nicht erst gestellt werden. Fragen nach bestehenden und früheren Krankheiten sind nur gerechtfertigt, wenn die aktuelle Arbeitsfähigkeit (z.B. bei chronischen Leiden) beeinträchtigt ist oder in absehbarer Zeit mit Absenzen zu rechnen ist, die das übliche Mass übersteigen⁶². 425

Bei Datenerhebungen im Betrieb ist demnach sorgfältig abzuklären, ob sie zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind⁶³. Zudem müssen Datenerhebungen **verhältnismässig** sein (Art. 4 Abs. 2 DSG). Dies gilt gleichermassen für Datenerhebungen durch Anbieter ausserhalb des Betriebes (Art. 10a DSG)⁶⁴. Flächendeckende Befragungen der Mitarbeitenden sind aber weder erforderlich noch verhältnismässig, wenn noch gar keine Risikoanalyse durch die Betriebsverantwortlichen selber erfolgt ist und sie andere Informationsquellen noch nicht ausgeschöpft haben⁶⁵. Verhältnismässig ist 426

⁵⁷ PÄRLI, Rz. 1364.

⁵⁸ AEBI-MÜLLER, S. 23 FN 66.

⁵⁹ PÄRLI, Rz. 1361; STAEHELIN, ZK, Art. 328b OR N 7; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328b OR N 10.

⁶⁰ PÄRLI, Rz. 1412.

⁶¹ MATTHIESSEN-KREUDER, S. 276 mit Hinweisen zur deutschen Rechtslage.

⁶² BGer vom 27.9.2002 4C. 189/2002, E. 1.3; PÄRLI, Rz. 1364.

⁶³ Als Alternative schlägt KOHTE eine mehrstufige Datenerhebung vor (KOHTE WOLFHARD, Das betriebliche Eingliederungsmanagement – Ein doppelter Suchprozess, in: WSI Mitteilungen 7/2010, S. 374–377, S. 376).

⁶⁴ EPINEY ASTRID/FASNACHT TOBIAS in BELSER u.a. § 10 Rz. 46 ff.; ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 328b OR N 20 und 53.

⁶⁵ Dazu oben Rz. 400 ff.

eine allgemeine Mitarbeitendenbefragung auch erst, wenn Arbeitgebende bereits Massnahmen zur Prävention der allgemein bekannten psychischen Risikofaktoren ergriffen haben, sie darüber hinaus aber noch unerkannte «Schwachstellen» orten wollen. Die Verhinderung übermässiger psychischer Arbeitsbelastungen muss ja einsetzen, bevor und unabhängig davon, ob sich die Arbeitnehmenden (schon) darüber beklagen⁶⁶.

- 427 Können Daten aufgrund der **Art der Datenerhebung** und -bearbeitung nicht einzelnen Beschäftigten zugeordnet werden, sind die eben erläuterten Datenschutzbestimmungen nicht anwendbar, denn das DSG und Art. 328b OR gelten nur für Personendaten, d.h. Angaben, die sich auf eine bestimmte oder *bestimmbare* Person beziehen (Art. 3 lit. a und g DSG)⁶⁷. Man muss sich dann allerdings fragen, ob anonyme Umfragen dem psychischen Gesundheitsschutz tatsächlich dienlich sind. Es lassen sich so wohl allgemeine Mängel, z.B. negative Effekte eines Management-Systems, feststellen. Dort wo aber Arbeitnehmende durch einzelne Führungspersonen oder Teamkonstellationen belastet sind, ermöglichen anonyme Angaben kaum eine gezielte Intervention.
- 428 Auch bei **anonym konzipierten Umfragen** ist darauf zu achten, dass durch die Bearbeitung der Daten nicht doch Rückschlüsse auf einzelne Mitarbeitende erfolgen können. Dies wäre z.B. der Fall, wenn die Ergebnisse nach betriebsinternen Abteilungen ausgewertet werden, die sehr klein sind. Wenn in einer Abteilung von drei Leuten nämlich nur eine antwortet und *eine* Person zuvor schon negativ aufgefallen ist, ist die Datenbearbeitung nicht mehr anonym⁶⁸. Bei elektronischen Umfragen ist wegen den technischen Möglichkeiten⁶⁹ sorgfältig zu prüfen, ob Anonymität tatsächlich und durchwegs gegeben ist⁷⁰.

E. Zwischenstand

- 429 Es besteht in Arbeitswissenschaft und Medizin ein breiter Konsens darüber, dass ein Zusammenhang zwischen **Arbeitsbedingungen** und Gesund-

⁶⁶ S. unten Rz. 447 ff.

⁶⁷ ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 328b OR N 33.

⁶⁸ ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 328b OR N 55.

⁶⁹ SCHWEIZER RAINER J./BISCHOF SEVERIN, Der Begriff der Personendaten, Herausforderungen an die Rechtsetzung und Rechtsprechung im kommunikationstechnologischen Kontext, in: *digma* 2011 S. 152–159, S. 153 ff.

⁷⁰ Siehe z.B. Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten i.S. «Absenz-Management (CD-ROM XYZ) der X» vom 7.12.2000, auf www.edoeb.admin.ch > Themen > Datenschutz > Arbeitsbereich > Empfehlungen; MATTHIESSEN-KREUDER, S. 276 f.

heit/Krankheit besteht (§ 5). Die Faktoren, die im Einflussbereich der *Arbeitgebenden* liegen und belastend auf die Psyche der Arbeitnehmenden einwirken, können weitgehend benannt werden (§ 4). Deren Objektivierbarkeit ist jedoch nur ganz beschränkt möglich, da man zu einem grossen Teil auf Beobachtung und Angaben der Arbeitnehmenden angewiesen ist.

Ob diese **Belastungsfaktoren** eine stimulierende oder krankmachende Wirkung bei den einzelnen *Arbeitnehmenden* entfalten, hängt vom Beanspruchungsvorgang in ihrem Inneren ab. Dieser wird durch zwei Elemente bestimmt: durch Art und Intensität der Belastungen und die dagegen aktivierten Widerstands- und Abwehrkräfte. Diese werden gebildet einerseits durch die inneren Ressourcen der jeweiligen Person und andererseits durch organisatorische und soziale Bedingungen in ihrer Umgebung. 430

Sowohl die inneren, wie die äusseren **Ressourcen** können die einzelnen *Arbeitnehmenden* nur teilweise beeinflussen, um mehr Schutz- und Abwehrkräfte gegen Belastungen zu mobilisieren. Der Anteil der Einzelnen ist hier begrenzt einerseits durch ihre kaum veränderbare psychische Struktur und andererseits durch gewisse Umgebungsfaktoren, die zu verändern nicht in ihrer «Macht» liegt. Solche Umgebungsfaktoren können wiederum die Arbeitsbelastungen sein, für die die *Arbeitgebenden* bezüglich des Gesundheitsschutzes die Verantwortung tragen. Bei Art und Wirksamkeit der Ressourcen haben demnach sowohl die Arbeitnehmenden selbst, wie auch ihre Arbeitgebenden einen Anteil. 431

Es besteht beim Ablauf «Belastung – Beanspruchung – Beanspruchungsfolge» grundsätzlich kein **Unterschied**, ob er von physischen oder psychischen Belastungen angestossen wird. Unterschiede ergeben sich aber dadurch, dass die einzelnen Elemente nicht gleichermassen sichtbar und objektiv feststellbar sind. 432

Gewisse psychische Belastungsfaktoren können in Rechtssätzen **konkretisiert** werden. Entsprechende Vorschläge konnten gemacht werden (§ 4 und Anhang B). Der innere Vorgang der Belastung entzieht sich jedoch der äusseren Wahrnehmung und kann nur indirekt beeinflusst werden, nämlich sowohl durch Reduktion der (teilweise sichtbaren) Arbeitsbelastungen wie auch durch Stärkung der (nicht sichtbaren) Abwehrkräfte. Das Ziel ist und bleibt, Erkrankungen zu verhindern. Ob und wie der Weg dahin (Prävention) durch Rechtsnormen konkretisiert werden kann, bleibt nun im Folgenden noch zu untersuchen. 433

§ 7 Prävention

A. Intervention

- 434 Aufgrund der Erfahrungen und Erkenntnisse aus der Vergangenheit konnten in § 4 Vorschläge für die Konkretisierung der psychischen Belastungsfaktoren am Arbeitsplatz formuliert und die Wirkungszusammenhänge dargelegt werden (§ 5). Nachdem wir nun auch noch das Problem der weitgehend fehlenden Objektivierbarkeit im psychischen Gesundheitsschutz beleuchtet haben, können wir uns der **Gegenwart** zuwenden: *Wann* (unten B.) *und wie* (C.) müssen Arbeitgebende *intervenieren*, um Krankheit zu verhindern?
- 435 Mit **Prävention** werden Interventionsversuche bezeichnet, die zum Ziel haben, noch nicht bestehende Probleme zu verhindern¹, d.h. einem ungehinderten negativen Verlauf zuvorzukommen (lat. *praevenire*). Mit der Intervention soll die Eintrittswahrscheinlichkeit des zu verhindernden Problems (hier Krankheit) vermindert werden². Der Begriff Prävention bezeichnet sowohl Funktion wie Methode³.
- 436 Für die gesetzlich gebotene Prävention gibt Art. 6 Abs. 1 ArG zum einen **vier Leitplanken** vor: Es sind nach dieser Vorschrift nämlich
- alle Massnahmen zu treffen,
 - die nach der Erfahrung notwendig,
 - nach dem Stand der Technik anwendbar und
 - den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind.
- Zum anderen sollen gemäss Art. 6 Abs. 2 ArG
- Gesundheitsgefährdungen und Überbeanspruchungen der Arbeitnehmer nach Möglichkeit vermieden werden.
- 437 Es ist nun zu prüfen, ob diese Vorgaben genügen, um Interventionszeitpunkt und Interventionsmittel zu bestimmen, oder ob sie **präzisiert** werden müssen bzw. können.

¹ HAFEN, Grundlagen, S. 104.

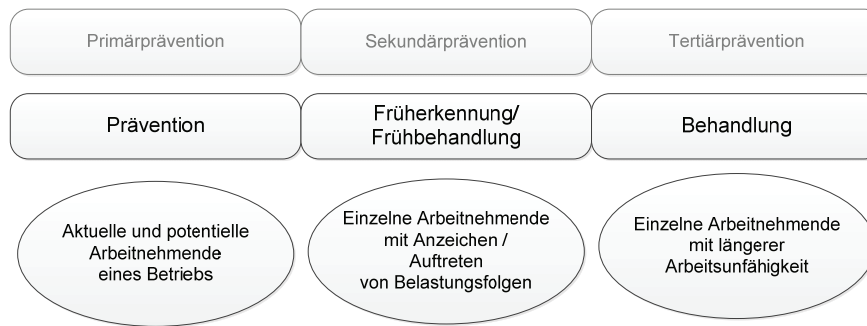
² HAFEN, Zukunftsbeeinflussung, S. 30; HÜRZELER, S. 129.

³ HAFEN, Grundlagen, S. 95 f.

B. Zeitpunkt für Präventionsmassnahmen

I. Konzepte

In der Medizin wird zwischen **Primär-, Sekundär- und Tertiärprävention** unterschieden⁴. Mit diesen drei Stufen klassifizierte der Psychiater GERALD CAPLAN Massnahmen zur Verhinderung von psychischen Störungen⁵. Es soll mit dieser Dreiteilung zum Ausdruck kommen, dass das Gesundheit-Krankheit-Kontinuum zu unterschiedlichen Zeitpunkten beeinflusst werden kann⁶. 438



Der Schweizer Soziologe MARTIN HAFEN schlägt nun vor, auf diese drei Begriffe zu verzichten, da sie zunehmend unscharf verwendet werden⁷. Er benennt die Unterscheidungskette mit: **Prävention – Früherkennung – Behandlung**⁸. Als *Prävention* sind demnach alle Massnahmen zu bezeichnen, die zum Ziel haben, ein noch nicht bestehendes Problem zu verhindern (z.B. Impfung⁹), während alle Massnahmen, die ein manifestes Problem¹⁰ als Anlass haben, der *Behandlung* zugerechnet werden. Nach eingetretener Erkrankung besteht Behandlung in Linderung und Rehabilitation¹¹ (bzw. Schaden- 439

⁴ HAFEN, Grundlagen, S. 76; HÜRZELER, S. 130.

⁵ CAPLAN GERALD, Principles of preventive psychiatry, New York/London, 1964, S. 26; HAFEN, Grundlagen, S. 77.

⁶ HAFEN, Zukunftsbeeinflussung, S. 25; LEPPIN, S. 37.

⁷ LEPPIN, S. 37.

⁸ HAFEN, Grundlagen, S. 84.

⁹ GAGNEBIN, Rz. 26; LEPPIN, S. 35.

¹⁰ GAGNEBIN, Rz. 26; HAFEN, Zukunftsbeeinflussung, S. 25; LEPPIN, S. 36.

¹¹ HÜRZELER, S. 130 f.; LEPPIN, S. 36.

minderung¹² und Reduktion des Rückfallrisikos¹³). Als *Früherkennung/ Frühbehandlung* werden dann die Massnahmen dazwischen bezeichnet, welche zum Ziel haben, Probleme in einem frühen Stadium zu beobachten und entsprechende behandelnde Massnahmen einzuleiten¹⁴.

- 440 Arbeitsrechtlicher **Gesundheitsschutz** (wie auch Unfallprävention) sind in diesem Sinne immer der *Prävention* zuzurechnen, denn ihr Auftrag ist es, noch nicht aufgetretene und sich noch nicht abzeichnende Probleme (Krankheiten bzw. Verletzungen) zu verhindern¹⁵. Sie richten sich wie in der Medizin an Gesunde ohne Symptome¹⁶. Die Prävention kann nicht direkt am Problem (Krankheit/Verletzung) ansetzen, da dieses ja noch nicht aufgetreten ist. Sie hat daher keine andere Möglichkeit, als sich um den «Input» zu kümmern, d.h. *Belastungsfaktoren* zu beseitigen und/oder *Schutzfaktoren* zu fördern¹⁷. Prävention ist in diesem Sinn Ursachenbehandlung¹⁸.
- 441 Im Arbeitsschutzrecht gilt somit schon lange das **Vorsorgeprinzip**, wie es später auch in anderen Rechtsbereichen, insbesondere im Umweltschutz (Art. 74 BV und Art. 1 Abs. 2 USG), entwickelt worden ist¹⁹. Danach soll der Staat dafür sorgen, dass Gefahren durch vorausschauendes Handeln frühzeitig an der Quelle verhindert und begrenzt werden. Das Prinzip besagt aber auch, dass «für den Fall der Unsicherheit» auf wissenschaftliche Gewissheit verzichtet werden darf²⁰. Es wird bezüglich der Kostentragung für die Prävention mit dem **Verursacherprinzip** verbunden (Art. 74 Abs. 2 BV)²¹. Seit mit dem Erlass des Umweltschutzgesetzes 1985 der Schutz vor Umwelteinwirkungen aus Art. 6 ArG gestrichen worden ist²², verläuft die wissenschaftliche Diskus-

¹² HAFEN, Grundlagen, S. 79; HÜRZELER, S. 132 f.

¹³ PACCAUD/CHIOLERO, S. 309.

¹⁴ GAGNEBIN, Rz. 26; HÜRZELER, S. 130; HAFEN, Grundlagen, S. 84; LEPPIN, S. 36; PACCAUD/CHIOLERO, S. 309.

¹⁵ HAFEN, Grundlagen, S. 77; PACCAUD/CHIOLERO, S. 309.

¹⁶ LEPPIN, S. 36.

¹⁷ HAFEN, Grundlagen, S. 62; HAFEN, Zukunftsbeeinflussung, S. 26.

¹⁸ HAFEN, Grundlagen, S. 75; HAFEN, Zukunftsbeeinflussung, S. 38 FN 23.

¹⁹ BGE 114 Ib 224, E. 10 betr. Walderhaltung; BGE 117 Ib 28, E. 6a; BGE 118 Ib 590, E. 4 und BGer vom 30.11.2011 1C_331/2011 betr. Lärmimmissionen. BGE 136 I 184, E. 3.1 betr. Heilmittel.

²⁰ UHLMANN, S. 712.

²¹ UHLMANN, S. 715 f.; s. auch oben Rz. 44.

²² Art. 66 Ziff. 5 USG (BBl 1983 III, S. 1060), s.a. oben Rz. 217 FN 32; SCHEIDEGGER/PITTELOU, Art. 6 ArG N 2. In der EU wird auf der Grundlage von Art. 100a Abs. 3 EWGV ein viel engerer Bezug zwischen den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umwelt- und Verbraucherschutz einerseits und der Wettbewerbsfreiheit andererseits gesehen (MÜLLER-PETZER, S. 59).

sion in diesen beiden Rechtsgebieten leider völlig unabhängig voneinander, obwohl ganz ähnliche Fragen zu beantworten sind.

II. Eintrittswahrscheinlichkeit

Im Kontinuum von Gesundheit und Krankheit besteht eine zunehmende Wahrscheinlichkeit, dass das zu verhindernde Problem eintritt. Offen ist, zu welchem **Zeitpunkt** bzw. in welchem **Zeitraum**, d.h. bei welchem Wahrscheinlichkeitsgrad, die Intervention erfolgen muss. 442

1. Intervention unabhängig von der Eintrittswahrscheinlichkeit

Höchstarbeitungszeiten, minimale Ruhezeiten und der Mindestumfang von **Ferien** sind zwingend durch das Gesetz geregelt. Diese in Gesetzesform gegossenen Präventionsmassnahmen müssen immer eingehalten werden, ganz egal, wie wahrscheinlich das Entstehen eines Krankheitsgeschehen ist. 443

Auch bei den Massnahmen zur Prävention hinsichtlich **zwischenmenschlicher Probleme** gibt es Massnahmen, welche unabhängig von einem gesundheitlichen Geschehensablauf oder vom Mass einer Persönlichkeitsverletzung zu treffen sind. Der präventive Schutz muss zeitlich vor einer möglichen Verletzung liegen. Das sind einmal Massnahmen zum Schutz vor sexuellen Belästigungen, die in einem späteren Streitfall beweismässig von Bedeutung sind (Art. 5 Abs. 3 GlG) und überhaupt alle Massnahmen zum Schutz vor Diskriminierungen und sonstigen Verletzung der persönlichen Integrität²³. Dies können Informationen, Schulungen oder Weisungen sein²⁴. Sodann sind gemäss Leitfall 1 externe Vertrauenspersonen für allfällige Konfliktfälle vorzusehen, auch wenn noch keine Wolken am Himmel zu sehen sind²⁵. 444

Analog schreibt auch die ArGV3 gewisse bauliche Umstände oder ergonomische Massnahmen vor, die **immer einzuhalten** sind und z.T. schon im Plangenehmigungs- und Betriebsbewilligungsverfahren überprüft werden (Art. 7 ArG). Massnahmen zu so frühen belastungsunabhängigen Interventionszeitpunkten, mit denen schon Risikofaktoren von Risikofaktoren angegangen werden, bezeichnet man als primordiale Prävention (zeitlich vor der Präventionsprävention)²⁶. 445

²³ Oben Rz. 237 ff.

²⁴ Siehe oben Rz. 334 ff., insbesondere Rz. 345 und unten Rz. 481.

²⁵ Oben Rz. 26 ff.

²⁶ HAFEN, Grundlagen, S. 78; KRYSPIN-EXNER/PINTZINGER, S. 25; LEPPIN, S. 36.

2. Intervention im Kontinuum Gesundheit – Krankheit

- 446 Bei allen anderen in § 4 genannten **Arbeitsbelastungen** muss bestimmt werden, wann eine Intervention erfolgen muss. Dem ArG ist dazu direkt nichts zu entnehmen. Für Verantwortliche in den Unternehmen ist es aber wichtig zu wissen, ob sie erst aktiv werden müssen, wenn in ihrem Betrieb allgemein oder bei einzelnen Arbeitnehmenden ein bestimmtes psychisches Belastungsniveau erreicht ist, und ab wann ihnen ein zu spätes Einschreiten vorgeworfen werden kann.
- 447 Bei der Unfallverhütung ist der **letzte gebotene Präventionszeitpunkt** leichter zu bestimmen. Man muss dort sicher aktiv werden, bevor der physikalische Geschehensablauf so weit fortgeschritten ist, dass er nicht mehr gestoppt werden kann. Krankheiten und psychische Erkrankungen bringen hingegen die Schwierigkeit mit sich, dass sich der Verlauf über einen längeren Zeitraum erstreckt und sich unmerklich anbahnt²⁷. Da ist es nicht möglich festzustellen, wann der Verlauf beginnt, der ohne Einschreiten unweigerlich zur Erkrankung führen würde.
- 448 Der gesetzlich geforderte Zeitraum für das Ergreifen von Präventionsmassnahmen muss sicher im Geschehensablauf **zeitlich früh** angesetzt werden²⁸. Darauf deutet der Wortlaut von Art. 6 ArG hin, dass nämlich alle Massnahmen zu treffen sind, die nach der Erfahrung notwendig sind (Abs. 1), «um Gesundheitsgefährdungen zu vermeiden». Eine Gefährdung ist die (auch geringe) *Möglichkeit* eines eintretenden Schadens²⁹, sie liegt zeitlich also vor dem Beginn der Verwirklichung des zu verhindernden Problems³⁰. Prävention muss auch unterhalb der Schwelle einer unmittelbaren Gefahr liegen³¹, was verschiedentlich zum Ausdruck gebracht wird mit dem etwas unglücklichen Begriff «Wohlbefinden»³². Dahinter steht die Annahme bzw. Erfahrung, dass man mit frühem Eingreifen das unerwünschte Ereignis eher abwenden kann³³. Die Absicht, mit Prävention so früh wie möglich zu intervenieren, steht auch hinter dem gesetzlichen Begriff «Gesundheitsschutz» (franz. protection de la

²⁷ HEILMANN/HAGE, S. 686.

²⁸ HÜRZELER, S. 129.

²⁹ LETSCH, Rz. 138.

³⁰ HÜRZELER, S. 130.

³¹ MÜLLER-PETZER, S. 83.

³² BGer vom 12. 11 2009 6B_536/2009 E. 3.3.2; AUBRY GIRARDIN, Rz. 36. Siehe auch dazu oben Rz. 219.

³³ HURRELMANN/KLOTZ/HAISCH, S. 14; dazu auch unten Rz. 469.

santé)³⁴ und dem (älteren) für die Verordnung gewählten Titel «Gesundheitsvorsorge» (franz. hygiène)³⁵.

Zu spät wäre eine Intervention nach Art. 6 ArG und nach den vorstehend 449
geschilderten Konzepten, wenn die Phase der (Primär-)Prävention bereits in
die Phase der **Früherkennung/Frühbehandlung** übergegangen ist, sich also
bereits Krankheitssymptome zeigen³⁶. Laufende Präventionsmassnahmen
müssen da sicher nicht gestoppt werden, aber es wäre zu spät, wenn erst in
diesem Verlaufsstadium erste Interventionen erfolgten, denn es sind schon
«Gesundheitsgefährdungen zu vermeiden».

Ist jemand **arbeitsunfähig** oder **behandlungsbedürftig** (Art. 3 ATSG), hat 450
sich die Gefahr bereits verwirklicht. Werden zu dem Zeitpunkt «Präven-
tions»-Massnahmen ergriffen, kommen sie für *diese* Person zu spät. Da sich
Gesundheitsprävention am Arbeitsplatz jedoch um alle Arbeitnehmenden
kümmern muss, sind auch nach einem ersten Krankheitsfall, der auf arbeits-
bedingte Belastungen zurückzuführen ist, für die noch Gesunden Präven-
tionsmassnahmen angezeigt, um zu verhindern, dass sich bei *jenen* ein Krank-
heitsverlauf in Gang setzt³⁷. Eignet sich in einem Unternehmen ein
Burnout-Fall oder besteht bei einer Person eine arbeitsplatzbezogene Arbeits-
unfähigkeit³⁸, ist es höchste Zeit, belastende Ursachen in der Arbeitsumge-
bung zu beseitigen, um *weitere* Krankheitsfälle zu verhindern.

III. Intensität und Dauer der Belastung

Nicht gefordert sein kann ein Einschreiten schon beim geringsten **Wahr- 451
scheinlichkeitsgrad** eines Krankheitseintritts³⁹. Darauf deutet im Gesetzes-
text «Überbeanspruchung» hin. Da Arbeit (ja das Leben überhaupt) immer
eine gewisse körperliche oder kognitive Anstrengung und psychische An-
spannung bedingt, kann ein präventives Einschreiten schliesslich überhaupt
erst in Betracht kommen, wenn das normale Mass einer Arbeitsbelastung an

³⁴ Bezeichnung des Titels vor Art. 6 ArG, zudem in Art. 6 Abs. 3 und 4 ArG, sowie Art. 3a ArG.

³⁵ Der Ausdruck «Gesundheitsvorsorge» wurde mit dem als zeitgemässer empfundenen Begriff «Gesundheitsschutz» durch das Parlament ersetzt im Verlauf der Beratung der ArG-Vorlage 1994 (BBl 1998 II, S. 1401). SCHEIDEGGER/PITTELOUD, Art. 6 ArG N 6.

³⁶ VON TROTHA, S. 273.

³⁷ HAFEN, Grundlagen, S. 218 f.; analog bezüglich Unfallverhütung: BGE 90 II 227, E. 2b.

³⁸ HAFEN, Grundlagen, S. 219.

³⁹ VON TROTHA, S. 92.

Dauer und Schwere überschritten ist. Dieses Mass muss für jede einzelne Arbeitstätigkeit bestimmt werden.

- 452 Bei der Bestimmung des quasi **unteren Grenzwerts** für Belastungen, die mit der Arbeitstätigkeit zusammenhängen, kann es aber nur auf diejenige Belastung ankommen, die für die jeweilige Arbeitstätigkeit effektiv erforderlich ist. Es kann auch nur auf die Arbeitsleistung ankommen, die von durchschnittlichen Beschäftigten bei brauchbarer Arbeitsqualität verlangt werden kann. Ist ein Normalmass von so definierter⁴⁰ Anstrengung und Belastung bezüglich Intensität und Dauer überschritten, liegt eine «übermässig starke Belastung» (Art. 2 Abs. 1 lit. c ArGV3) vor, die «zu vermeiden» ist, d.h. Präventionsmassnahmen müssen vor diesem Zeitpunkt ergriffen werden. Sicher nicht zugewartet werden kann, bis sich erste Gesundheitsbeschwerden zeigen. Analog sind laut den Bestimmungen der ArGV3 Lichtverhältnisse zu verbessern, wenn sie nicht mehr «ausreichend» sind (Art. 15 ArGV3), und es ist «vor übermässiger Wärmeeinstrahlungen» zu schützen (Art. 20 ArGV3).
- 453 Um den psychischen Gesundheitsschutz aber nicht von vornherein auszuhöhlen, kann der Erfahrungswert für die **Bestimmung des Normalmasses** nicht das Maximum an Produktivität sein. Wenn, wie im Leitfall 2, die Vorgaben für Umsatz und Akquisition so hoch angesetzt sind, dass sie die Kräfte von durchschnittlichen Stelleninhaberinnen übersteigen, kann dies nicht das Normalmass sein. Der untere Grenzwert für präventives Einschreiten darf nicht nach oben geschraubt werden, indem die Normalbelastung nach den Jungen, Fitten, Schnellsten und Resistentesten (u.U. auch Schludrigsten und Oberflächlichsten) ausgerichtet wird⁴¹. So würden nämlich gerade die Arbeitnehmenden, die auf die Präventionsmassnahmen am meisten angewiesen wären, aussen vor bleiben⁴². Stellt man auf den Stellenbeschrieb (ohne Leistungsvorgaben) ab, lässt sich feststellen, welche Anstrengungen normalerweise mit der Ausübung dieser Stelle verbunden sind.
- 454 Analoges muss gelten bei **zwischenmenschlichen Problemen**. Es gehört zur «Durchführung des Arbeitsvertrages», dass Arbeitnehmende bisweilen auf Versäumnisse, Unzulänglichkeiten und Mängel hingewiesen werden müssen. In einer sozialen Gruppe kann man auch nicht erwarten, dass alle denselben Humor haben und immer alle einer Meinung sind (was für den Geschäftserfolg ohnehin abträglich wäre). Von Mobbing oder Konflikten kann erst die

⁴⁰ PORTMANN, Stresshaftung, S. 7 f. definiert eine Belastung als «übermässig», wenn sie im Einzelfall «das Potenzial aufweist, die physische oder psychische Gesundheit des Arbeitnehmers ernsthaft zu beeinträchtigen»; Er umschreibt also die Ursache mit den (potentiellen) Folgen (ebenso MÜLLER ROLAND A., Art. 6 Abs. 2 N 4). Dieser (unnötige) Zirkelschluss hilft in der Praxis nicht weiter.

⁴¹ Vgl. oben Rz. 248 f.

⁴² Oben Rz. 252 ff.

Rede sein, wenn nicht mehr von einer normalen Gruppendynamik gesprochen werden kann.

Sobald für die einzelnen Arbeitnehmenden dieser untere Grenzwert der psychischen oder physischen Belastung **überschritten** ist, muss aufgrund des ArGs mit Präventionsmassnahmen interveniert werden (was noch nicht bedeuten muss, dass eine zivilrechtliche Haftung gegeben ist, wenn dieser Moment versäumt wird⁴³). Mit dieser Konkretisierung des unteren Grenzwerts lässt sich gleichzeitig auch der Interventionszeitpunkt im Gesundheits-Krankheits-Kontinuum präzisieren. Da die Umschreibung sowohl auf psychische wie auch auf körperliche Einwirkungen passt und zu den Grundätzen der Gesundheitsvorsorge zu zählen ist, soll sie in der ArGV3 in Art. 2 als neuer Absatz eingefügt werden:

Arbeitsbelastungen sollen das normale Mass, welches zur Ausübung der Arbeitstätigkeit nach Stellenbeschrieb erforderlich ist, nicht über einen längeren Zeitraum oder in bedeutendem Umfang überschreiten.

C. Arten von Präventionsmassnahmen

I. Grundsätzliches

Anders als mit dem Interventionszeitpunkt haben sich Gesetzgebung und Rechtsprechung schon intensiv mit der Frage befasst, **welcher Art** präventive Massnahmen ausgestaltet sein müssen. Es ist zunächst zu prüfen, ob diese Rechtspraxis auch für psychische Arbeitsbelastungen tauglich ist, bevor wir auf die Frage der Konkretisierung zurückkommen.

Prävention kann immer nur an **Faktoren ansetzen**, denen sie eine ursächliche Wirkung auf das zu verhindernde Problem zuschreibt⁴⁴. Kenntnisse über die Bedingungen, unter denen psychische Belastungsfolgen zu Tage treten, bilden wichtige Ansatzpunkte einer entsprechenden Prävention⁴⁵. Man muss schädlichen Umständen (harmful circumstances) entgegenwirken (counteracting)⁴⁶. Da diese Umstände, nämlich Arbeitsbedingungen, zwischenmenschliche Probleme und Ressourcen (Input), enorm vielfältig sind und zudem untereinander in einer Wechselwirkung stehen, ergibt sich für die Ausgestaltung von Präventionsmassnahmen eine riesige Vielfalt von Möglichkeiten⁴⁷.

⁴³ Dazu unten Rz. 735 ff.

⁴⁴ HAFEN, Grundlagen, S. 195.

⁴⁵ SIEGRIST/KNESEBECK, S. 232.

⁴⁶ Gemäss CAPLAN, zitiert in HAFEN, Grundlagen, S. 77.

⁴⁷ HAFEN, Grundlagen, S. 195.

- 458 Die **Wirkung** von einzelnen Interventionen sind bei der Unfallverhütung einfacher festzustellen⁴⁸. Bei Krankheiten, und erst recht bei psychischen Krankheiten, sind die Interventionseffekte viel schwerer zu erkennen⁴⁹. Es gibt zahlreiche Input-Faktoren (häufig liegen davon mehrere gleichzeitig vor) und sie beeinflussen sich gegenseitig⁵⁰. Es ist es auch schwer vorauszusagen, welche Input-Faktoren welche Output-Wirkung haben, weil ja der Vorgang dazwischen, der innere Vorgang der Beanspruchung, bei jedem Menschen anders verläuft⁵¹. Dadurch ist die Wirkungsforschung mit vielen methodologischen und praktischen Problemen konfrontiert⁵². Die Erforschung der psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz ist gegenüber der Unfallforschung überdies um fast hundert Jahre im Rückstand⁵³.
- 459 Gesundheitsprävention am Arbeitsplatz zielt auf ein **grosses Spektrum** von verschiedenen physischen und psychischen Krankheiten⁵⁴, die je mit physischen oder psychischen Belastungen bzw. Mehrfachbelastungen zusammenhängen können. Es kann also von vornherein nicht um monokausale Ursache-Wirkungs-Ketten gehen⁵⁵. Bei komplexen Verhältnissen ist die Möglichkeit gezielter Steuerung und Beeinflussung eingeschränkt⁵⁶. «Komplexe Umstände erfordern komplexe Massnahmen»⁵⁷.
- 460 Es ist eine wichtige, jedoch oft sehr schwierige Aufgabe zu bestimmen, bei welchen **Risikofaktoren** bzw. fehlenden **Schutzfaktoren angesetzt** werden soll. Die Aufgabe wird noch komplexer, wenn man bedenkt, dass viele Einflussfaktoren auf die Gesundheit der Mitarbeitenden nicht direkt angegangen werden können, sondern nach Einflussfaktoren auf diese Einflussfaktoren gesucht werden muss (z.B. wenn die Einflussfaktoren auf ein schlechtes Betriebsklima ergründet werden müssen)⁵⁸. Zu allen psychischen Belastungen der Arbeitswelt liegen genügend wissenschaftliche Erkenntnisse und praxisbezogene Erfahrungen und Beobachtungen vor, um die Ansatzpunkte für die Prävention zu sehen. Wenn Defizite beklagt werden, hapert es meist auch an der Umsetzung⁵⁹.

⁴⁸ TSCHUDI, Prävention, S. 308.

⁴⁹ SCHWANINGER/KRIEGER/GRAF, S. 37.

⁵⁰ VON TROTHA, S. 193.

⁵¹ VON TROTHA, S. 193.

⁵² HAFEN, Grundlagen, S. 145 ff.; SCHWENDENER, S. 48 ff.

⁵³ LENGWILER, S. 147; PRINS/HEIJDEL, S. 21; ZIMOLONG, S. 412 f.

⁵⁴ LEPPIN, S. 35.

⁵⁵ OPPOLZER, S. 84.

⁵⁶ HAFEN, Grundlagen, S. 36; HAFEN, Zukunftsbeeinflussung, S. 82.

⁵⁷ HAFEN, Grundlagen, S. 290.

⁵⁸ HAFEN, Grundlagen, S. 217.

⁵⁹ LUDBORZS, S. 141.

Durch Art. 6 ArG ist vorgegeben, dass Präventionsmittel nach dem Grundsatz der **Verhältnismässigkeit** zu bestimmen sind⁶⁰. Damit wird gleichsam die Obergrenze der Präventionspflicht gezogen. Präventionsmassnahmen müssen *geeignet* und *erforderlich*⁶¹ sein, nicht in einem Missverhältnis zur Wirkung stehen und für den Betrieb *zumutbar* sein⁶². In dieser Reihenfolge (die leicht von der Aufzählung in Art. 6 ArG abweicht, aber der im Verwaltungsrecht üblichen Reihenfolge entspricht⁶³) werden diese gesetzlichen Anforderungen darauf hin untersucht, ob und wie sie konkretisiert werden können, um den Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken zu verbessern.

II. Geeignete Massnahmen

1. «Nach dem Stand der Technik anwendbar»

Der Leitfall 1 liefert ein gutes **Beispiel** dafür, wie die Eignung einer Präventionsmassnahme zu beurteilen ist⁶⁴, d.h. was laut Art. 6 ArG «nach dem Stand der Technik anwendbar» bedeutet. In diesem Fall bestand die Massnahme darin, dem Personal der Treuhandfirma eine Vertrauensperson ausserhalb der Firmenhierarchie für allfällige Konfliktfälle zur Verfügung stellen. Das Bundesgericht hat geprüft, ob diese Massnahme geeignet ist, eine Persönlichkeitsverletzung und die Wahrscheinlichkeit eines ungünstigen Gesundheitsverlaufes zu vermeiden. Es bejahte diese Wirkung. Es stellte auf Erfahrungen ab, wonach eine unabhängige Drittperson in einem Streit eine entlastende Wirkung haben kann und dadurch befürchtete Beanspruchungsfolgen, ausgelöst durch einen betriebsinternen Streit, verhindert werden können⁶⁵.

Bei der Eignungsbeurteilung wird geprüft, ob es überhaupt eine Massnahme gibt, welcher ein gewisser **Nutzen** hinsichtlich der Verhinderung einer Erkrankung zugeschrieben werden kann⁶⁶, auch wenn diese potentielle Wirkung weit in der Zukunft liegt. Die Massnahmen müssen effektiv sein, was nicht

⁶⁰ SCHEIDEGGER/PITTELOUD, Art. 6 ArG N 15; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 20 Rz. 22.

⁶¹ Diese Begriffe werden hier aus dem Verfassungsrecht übernommen, um den rechtlichen Zusammenhang deutlicher zu machen.

⁶² MÜLLER ROLAND A., Art. 6 ArG N 5; PETERMANN, Pflichten, S. 5; PORTMANN, Stresshaftung, S. 8.

⁶³ HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 321 ff.; MOOR, S. 418 ff.; TSCHANNEN, § 7 Rz. 111.

⁶⁴ Oben Rz. 23 ff.

⁶⁵ Dazu auch: COURVOISIER FRANCINE, La médiation dans les conflits interpersonnels du travail, in: Aubert Gabriel u.a. (Hrsg.), Harcèlement au travail, Genf 2002, S. 109–134, S. 128; LETSCH, Rz. 202; PODEHL, S. 2091; PORTMANN, Stresshaftung, S. 12 f.

⁶⁶ VON TROTHA, S. 192.

der Fall war bei einer japanischen Firma, die zwar ein Gesundheitszentrum errichtet und Ausgleichsmöglichkeiten für Überstunden geboten hatte, einen Arbeitnehmer aber nicht aktiv daran hinderte, übermässige Überstunden zu leisten⁶⁷. Heikel ist es zu sagen, Präventionsmassnahmen müssen sich in einem «jeweils üblichen Rahmen» («de la manière usuelle») bewegen⁶⁸.

- 464 **Nicht** erforderlich ist, dass eine Massnahme bereits **allgemein anerkannt** ist in der Fachwelt⁶⁹ oder breite Anerkennung gefunden hat⁷⁰. Im Interesse der Einheit der Rechtsordnung können hier nämlich die im Umweltrecht entwickelten Grundsätze zur Auslegung beigezogen werden. Art. 4 Abs. 2 der Luftreinhalteverordnung LRV⁷¹ legt z.B. fest:

Technisch und betrieblich möglich sind Massnahmen zur Emissionsbegrenzung, die

- a) bei vergleichbaren Anlagen im In- oder Ausland *erfolgreich erprobt* sind oder
- b) bei *Versuchen* erfolgreich eingesetzt wurden und nach den Regeln der Technik auf andere Anlagen übertragen werden können.

- 465 Das Bundesgericht hat im Leitfall 1 auch die **Art**⁷² und insbesondere die **Struktur des Betriebes** berücksichtigt. Hier spielte eine Rolle, dass der Betrieb mit nur 10 Mitarbeitenden wenige Ausweichmöglichkeiten bietet und die Wahrscheinlichkeit, dass Vorgesetzte in einem innerbetrieblichen Konflikt involviert sind, relativ gross ist. Dadurch sind sie nicht mehr unabhängig genug, um vermittelnd wirken können.

- 466 Das kantonale Verwaltungsgericht hatte in diesem Fall weniger die Struktur des Betriebes beleuchtet, als die **Qualifikation** der Person, welche die Wirksamkeit der Massnahme beeinflusst: Wichtig ist, dass diese Vertrauensperson über die nötige Ausbildung für diese Aufgabe verfügt und Umstände gegeben sind, die ihr ermöglichen ein Vertrauensverhältnis zu den Ratsuchenden aufzubauen (Schweigepflicht, keine Linienfunktion)⁷³. Diese Anforderungen konnte in diesem kleinen Betrieb jedoch niemand erfüllen.

⁶⁷ TIESTE, Überarbeitung, S. 181.

⁶⁸ BGE 90 II 227 E. 2b; es wurde klar festgehalten, dass die Üblichkeit hier im positiven Sinne zu verstehen sei, dass sich also der Arbeitgeber nicht damit exkulpieren könne, dass die geforderten Massnahmen auch andernorts unüblich seien; PETERMANN, Pflichten, S. 4.

⁶⁹ METTLER, S. 38.

⁷⁰ OPPOLZER, S. 67; SONNENBERG, S. 122 f. BEER, SJZ 1984, S. 92 verlangt hingegen, dass «einschlägige Erkenntnisse praktisch *Allgemeingültigkeit* erlangt haben». Dies geht aber zu weit und liesse sich auch nicht feststellen.

⁷¹ SR 814.318.142.1. Hervorhebungen im Zitat von der Verfasserin.

⁷² CANNER/SCHOOP, Art. 6 ArG Anm. 6, S. 21.

⁷³ Urteil des Verwaltungsgerichts Genf vom 5.4.2011 (ATA/225/2011), E. 10.

Die Eignung einer Massnahme ergibt sich auch daraus, ob sie überhaupt **machbar und durchführbar** ist. Es ist offensichtlich machbar, dem Personal die Adresse einer Vertrauensperson mitzuteilen. Wenn aber z.B. erwogen wird, den elektronischen Zugriff auf Geschäftsdaten ausserhalb der Arbeitszeiten zu verhindern⁷⁴, muss schon geprüft sein, ob das überhaupt technisch durchführbar ist. Mit der Zeit können sich die Möglichkeiten geeigneter Massnahmen mithin erweitern, wenn neue Mittel oder neues Wissen «auf den Markt» kommen⁷⁵.

Im betrieblichen Gesundheitsschutz hängt die Wirksamkeit einer Massnahme davon ab, inwieweit **Arbeitnehmende** an diesen Prozessen **beteiligt** werden⁷⁶. Diese Erkenntnis ist in der schweizerischen Gesetzgebung schon gut berücksichtigt worden, mit der Umsetzung hapert es jedoch⁷⁷. Bei der Anordnung von Präventionsmassnahmen im Einzelfall könnte diesem Aspekt sicher noch mehr Rechnung getragen werden, indem konkrete Verfahrensschritte verlangt werden. Eine weitere generell-abstrakte Normierung ist aber diesbezüglich nicht erforderlich.

Die Erfahrung zeigt, dass Massnahmen zur Prävention insbesondere bei zwischenmenschlichen Problemen **rasch ergriffen** werden müssen, um wirksam zu sein⁷⁸. Arbeitnehmende dürfen nicht darauf hoffen, dass die Betroffenen kündigen werden⁷⁹.

Das Bundesgericht und die Vorinstanz traten im Leitfall 1 auf den Einwand der Treuhandfirma nicht ein, der **Beweis für den Nutzen** der angeordneten Massnahme sei nicht erbracht. Ist aber nicht allgemein bekannt, dass eine Massnahme einen Nutzen haben kann, sind u.U. Fachgutachten beizuziehen⁸⁰. Es war aber für das Bundesgericht nicht von Belang, ob das Vorhandensein einer externen Vertrauensperson einen Nutzen für die erkrankte Mitarbeiterin gehabt hätte, welche das Arbeitsinspektorat informiert hatte.

Zur Bestimmung der Eignung von Präventionsmassnahmen ist es angezeigt, vom zu verhindernden Problem (z.B. Erkrankung infolge Streits) in der Wirkungskette weit zurück zu schreiten, möglichst bis an den Anfang. Man soll schliesslich die Ursache **an der Wurzel** bekämpfen, wie einer der Präventionsgrundsätze gemäss Wegleitung zur ArGV3 lautet⁸¹. Denn die Erfahrung lehrt, dass Massnahmen desto wirksamer sind, je früher sie einsetzen. In die-

⁷⁴ Vgl. oben Rz. 292.

⁷⁵ ERRASS, Innovationsförderung, S. 225; METTLER, S. 38.

⁷⁶ DUNKEL u.a., S. 362; LUDBORZS, S. 133; WELLMANN/LEMPERT-HORSTKOTTE, S. 107.

⁷⁷ S. oben Rz. 47 ff. und unten Rz. 601 ff.

⁷⁸ LEMPEN, S. 1437 f.

⁷⁹ BGer vom 23.9.2003 4C.189/2003, E. 5.1; DUNAND, S. 109.

⁸⁰ Art. 4 ArGV3; VON TROTHA, S. 193 mit Hinweisen auf die englische Gerichtspraxis.

⁸¹ Zitiert oben Rz. 103 (Ziff. 3).

sem Sinne sind zusätzliche Ruhezeiten bei hoher Arbeitsintensität sowie bei hohen kognitiven oder emotionalen Anforderungen ein geeignetes Präventionsmittel⁸². Geeignet sind ganz allgemein die Reduktion der belastenden Faktoren (wie Arbeitsmenge, Zeitvorgaben, Einhaltung der Arbeitszeiten etc.⁸³) und das Umsetzen der Merkmale «guter Arbeit»⁸⁴. Auch der Aufbau von unternehmensinternen Strukturen zur Verhinderung und frühen Behandlung von zwischenmenschlichen Konflikten setzen ein, bevor das Problem manifest ist⁸⁵.

- 472 Man könnte beim Beispiel von Leitfall 1 theoretisch noch weiter zurückgehen, um zu sehen, ob die **Ursache** von Konflikten beseitigt werden kann. Dies ist jedoch nicht möglich, wenn nicht bereits immer wieder auftauchende Streitpunkte bekannt sind. Die Eignung einer Massnahme muss also immer auch im Zusammenhang mit dem beabsichtigten Interventionszeitpunkt beurteilt werden, denn was in einem frühen Stadium noch nützen kann, erweist sich später unter Umständen als wirkungslos⁸⁶.
- 473 Je nach Wirkung, die erzielt werden soll, kann Prävention in **Handeln** oder **Unterlassen** bestehen. Besteht z.B. das Problem in fehlenden Informationen, ist selbstredend Handeln angesagt. Zur Vermeidung von Überfütterung mit Informationen ist hingegen Unterlassen geboten. Da psychische Belastungen durch die Arbeitsorganisation meist auf Weisungen der Vorgesetzten beruhen⁸⁷, steht als Präventionsmassnahme deren Änderung, also meist Handeln⁸⁸, im Vordergrund (z.B. Zeitvorgaben ändern, «Home-Office-Arbeit» untersagen⁸⁹, es aber andererseits auch unterlassen, Überstunden anzuordnen). Ob Handeln oder Unterlassen – es ist einfach zum jeweils im konkreten Fall geeigneten bzw. geeigneteren Mittel zu greifen.
- 474 All diese Aspekte der Eignung oder besseren Eignung lassen sich im Prinzip empirisch weitgehend **wertungsfrei** ermitteln. In diesen Bereich der Verhältnismässigkeit kommt man bei genügender wissenschaftlicher Vorarbeit praktisch ohne Werturteile aus.

⁸² VAHLE-HINZ/BAMBERG, S. 330; Dazu weitere Ausführungen und Konkretisierungsvorschlag oben Rz. 310.

⁸³ SECO, Anhang Wegleitung zu Art. 2 ArGV3, S. 302-D/E.

⁸⁴ LENHARDT/ROSENBROCK, S. 325; SECO, Anhang Wegleitung Art. 2 ArGV3, S. 302-D.

⁸⁵ Z.B. betr. Mobbing: EU-PARLAMENT, S. 28 und ausführlich WENNUBST, S. 159 ff.

⁸⁶ BGer vom 23.9.2003 4C.189/2003, E. 5.1; DUNAND, S. 109; LEMPEN, S. 1437 f.

⁸⁷ LUGINBÜHL, S. 69.

⁸⁸ Die privatrechtliche Fürsorgepflicht wird jedoch meistens primär als Unterlassungspflicht gesehen (HUMBERT, S. 1480 FN 62; LETSCH, Rz. 112; PORTMANN, BSK, Art. 328 OR N 1; REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 2; anders AUBERT, commentaire, Art. 328 OR N 2 und 10; LUGINBÜHL, S. 67).

⁸⁹ PÄRLI/HUG, S. 12.

2. Nebenwirkungen und Zusammenwirken

Man muss bei der Eignungsprüfung von Massnahmen immer auch die **Konsequenzen** für die übrigen Beschäftigten im Auge behalten⁹⁰. Bei Massnahmen zum Schutz vor psychischen Arbeitsbelastungen, insbesondere bei Zeitdruck und übermässiger Arbeitslast besteht die Gefahr, dass die Entlastung der Einen zu Belastung der Anderen führt. Da Arbeitgebende aber für den Schutz der Gesundheit aller ihrer Beschäftigten gleichermassen verantwortlich sind, müssen immer die schutzwürdigen Interessen aller Angestellten angemessen berücksichtigt bleiben. 475

Man kann aber auch Gefahr laufen, dass man mit einer Präventionsmassnahme **andere Rechtsgüter** verletzt. Hier ist ganz besonders an Diskriminierungen zu denken⁹¹. Meint z.B. ein Betrieb, es stärke die Ressourcen (Motivation, Leistungswille), wenn er ein Leistungs-Ranking veröffentlicht oder ein Bonus-/Malus-System einführt⁹², werden diejenigen diskriminiert, die z.B. wegen Krankheit oder Behinderung schlecht abschneiden. Genauso wenig dürfen im Präventionseifer medizinische Daten von Mitarbeitenden erhoben werden⁹³. Ihnen eine jährliche medizinische Kontrolle durch eine selbst gewählte Fachperson⁹⁴ zu offerieren, wäre jedoch unbedenklich⁹⁵. Nach Auffassung des Bundesgerichtes ist es auch nicht generell rechtswidrig, von einer Arbeitnehmerin, die sich über Mobbing beklagt, eine vertrauensärztliche Untersuchung zu verlangen⁹⁶. Prävention ernst zu nehmen muss nicht bedeuten, dass Denunziantentum im Betrieb und «bureaux en verre» gefördert werden⁹⁷. Eine Massnahme, die mit der Verletzung anderer Rechtsgüter verbunden ist, kann nicht als geeignet bezeichnet werden oder ist sicher weniger geeignet als eine Massnahme, die ohne diese Nebenwirkung auskommt. 476

Im Weiteren ist zu bedenken, dass sich bei der Durchführung von Massnahmen derselbe Effekt ergeben kann, wie bei der Einnahme mehrerer Medikamente gleichzeitig: Sie können sich **gegenseitig verstärken oder aufheben**, und es können unerwartete Folgen eintreten. Dieses Problem besteht insbesondere bei psychischen Risiken, welche sowohl in Arbeitsbelastungen wie auch in fehlenden Ressourcen bestehen. Zudem sind im psychischen Bereich schon bei je einzelnen Massnahmen deren jeweiligen Wirkungen schwer vorherzusehen. Umso komplexer ist dies bei mehreren Massnahmen gleich- 477

⁹⁰ VON TROTHA, S. 195.

⁹¹ PÄRLI, Rz. 1523.

⁹² PÄRLI, Rz. 1355.

⁹³ Dazu oben Rz. 421 ff.

⁹⁴ MÜLLER ROLAND, S. 171.

⁹⁵ SCHNEIDER J.-A., S. 304.

⁹⁶ BGE 125 III 70, E. 3; MÜLLER ROLAND, S. 171.

⁹⁷ LEMPEN, S. 1439.

zeitig. Dennoch wird für die Praxis von «Insellösungen» abgeraten und kombinierten Programmen der grösste Nutzen zugeschrieben⁹⁸.

- 478 Andererseits können gewisse Massnahmen erst im **Zusammenwirken** mit anderen eine optimale Wirkung entfalten⁹⁹. So können z.B. Umstrukturierungen nur gesundheitsverträglich bewältigt werden, wenn die ganze Palette der (zusätzlichen) Arbeitsbelastungen mit Schutz- und Fördermassnahmen angegangen und verschiedene Interventionsmittel und Strategien eingesetzt werden. Dann müssen aber wiederum ihre gegenseitigen Wechselwirkungen bedacht werden.

3. Interventionsmittel

- 479 Bisweilen steht man vor der Situation, dass bei mehreren geeigneten Massnahmen eine Wahl getroffen werden muss. Um eine optimale Wirkung zu erzielen, soll das **geeignetste** Instrument eingesetzt werden. Das Arbeitsinspektorat hat z.B. im Leitfall 1 nicht behauptet, die angeordnete Massnahme sei die einzige und beste. Es hat der Treuhandfirma angeboten, Alternativen vorzuschlagen, die nach der Beurteilung einer Fachperson eine vergleichbare Wirkung erwarten lässt¹⁰⁰.
- 480 Allgemein hat man in der Präventionsforschung erkannt, dass die **physischen Massnahmen** (z.B. räumliche Trennung, Impfungen) wegen der materiellen Stabilität körperlicher Systeme im Vergleich zu *kommunikativen* Interventionsversuchen eine erhöhte Erfolgswahrscheinlichkeit aufweisen¹⁰¹. Art. 25 ArGV3 ist ein gutes Beispiel für die Umsetzung dieser Priorität und zeigt, dass das Arbeitsschutzrecht neben prinzipiellen Verboten beide Interventionsformen kennt: Lasten sollen grundsätzlich nicht manuell gehandhabt werden (prinzipielles Verbot); wenn dies nicht möglich ist, sind geeignete Vorrichtungen zur Verfügung zu stellen (physische Intervention). Weiter sind die Arbeitnehmenden über die Gesundheitsgefahren beim Handhaben von Lasten zu informieren (kommunikative Intervention).
- 481 Vorbeugende Massnahmen gegen Diskriminierungen, Mobbing, sexuelle Belästigung und andere Angriffe auf die persönliche Integrität können nicht anders als durch **Information** erfolgen. Damit kann gemeint sein die Ausbildung von Führungskräften oder die Bezeichnung einer Vertrauensperson. Geeignete Informationsmassnahmen sind aber auch Bekanntmachungen über Verbote und Sanktionen und das Festlegen, wie im Falle von Beeinträchti-

⁹⁸ BÖDEKER/KRAMER/SOCKOLL, S. 347.

⁹⁹ BÖDEKER/KRAMER/SOCKOLL, S. 347.

¹⁰⁰ Oben Rz. 27.

¹⁰¹ HAFEN, Grundlagen, S. 30.

gungen vorzugehen ist¹⁰². Eine physische Massnahme wäre dann jedoch, «Schikanierer» oder «Mobber» an einen anderen Arbeitsplatz zu verbannen oder gar zu entlassen¹⁰³, statt das Opfer zu Aussöhnungs- und Bewältigungsritualen zu nötigen.

Wenn schon **kommunikative Interventionsformen** wie Information oder Beratung gewählt werden, ist der interaktiven, individuellen Beratung und einer offenen Gesprächskultur¹⁰⁴ der Vorzug zugeben gegenüber der einseitigen Massenkommunikation¹⁰⁵. Als ungeeignet haben sich Aussprachen im ganzen Team erweisen, da sie die Eskalation eher befördern und Stigmatisierung und Diskriminierung begünstigen¹⁰⁶. Auch bei Informationen zur Prävention sexueller Belästigung ist darauf zu achten, dass Schulungsanlässe nicht eine kontraproduktive Wirkung entfalten¹⁰⁷. Einzel-Beratung kann z.B. angezeigt sein, wenn Prävention auf Veränderung der Einstellungen und des Verhaltens von Führungskräften abzielt¹⁰⁸. Aber auch Beratung stösst an Grenzen und auf Widerstände: verbale Zustimmung heisst noch nicht, dass das Gehörte umgesetzt wird¹⁰⁹, und mitunter werden die Bemühungen von den Beratenen gar hintertrieben, weil noch andere Motive einfließen¹¹⁰. 482

4. Strategien

Es ist grundsätzlich schwierig, von aussen eine nachhaltige **Verhaltensänderung** zu bewirken¹¹¹. Es bringt auch nur wenig, Beschäftigte bei der Verarbeitung von psychischen Belastungen zu unterstützen, ihnen zu helfen, Ressourcen zu mobilisieren und sie letztlich doch allein zu lassen, wenn die betrieblichen Ursachen nicht angegangen werden¹¹². 483

Auch ist es angesichts des komplexen psychischen Systems ein unsicheres Unterfangen zu versuchen, die **personalen Risiko- und Schutzfaktoren** der Arbeitnehmenden zu verändern¹¹³. In diesem Bereich sollten sich Arbeitge- 484

¹⁰² EU-PARLAMENT, S. 27; RYTER, S. 1429 f.; SECO, Mobbing, S. 60; SECO, Anhang Wegleitung Art. 2 ArGV3, S. 302-G; WAEBER, personnalité, S. 52 ff.

¹⁰³ LUGINBÜHL, S. 69.

¹⁰⁴ DUNKEL u.a., S. 362; SECO, Mobbing, S. 61.

¹⁰⁵ HAFEN, Grundlagen, S. 39 f.

¹⁰⁶ HOEL/EINARSEN, S. 44; LEMPEN, S. 1436; BGer vom 4.5.2009 1C_354/2009, E. 2.5.

¹⁰⁷ LEMPEN, S. 1434.

¹⁰⁸ GREBNER u.a., S. 122.

¹⁰⁹ HAFEN, Grundlagen, S. 35.

¹¹⁰ HAFEN, Grundlagen, S. 43.

¹¹¹ BURCH, S. 239; HAFEN, Grundlagen, S. 34; LEPPIN, S. 40 ff. RICHLI, S. 386. Dazu auch oben Rz. 200 ff.

¹¹² DUNKEL u.a., S. 362.

¹¹³ HAFEN, Grundlagen, S. 297.

bende ohnehin zurückhalten, denn solche Präventionsversuche können sich (selbst bei den besten Absichten) unvermittelt als Persönlichkeitsverletzungen erweisen¹¹⁴.

- 485 Abgesehen von den spezifischen Problemen im psychischen Bereich ist es meist einfacher, **Risikofaktoren** zu **reduzieren**, als Schutzfaktoren aufzubauen oder zu stärken. Es ist eher möglich, Risikofaktoren zu identifizieren und diese zu reduzieren als die Wirkung von Schutzfaktoren abzuschätzen und die geeigneten Mittel zu ihrer Stärkung zu finden.
- 486 **Veränderungen der Verhältnisse** sind in der Regel wirksamer und nachhaltiger als Verhaltensänderungen¹¹⁵. Daher gilt bei Präventionsfachleuten: «*Verhältnisprävention geht vor Verhaltensprävention*»¹¹⁶. Zur Verhältnisprävention gehören alle Massnahmen, die in den Belastungsfaktoren der Arbeitsaufgabe oder der Arbeitsorganisation liegen, aber auch die Gestaltung von Belohnungs- und Arbeitszeitsystemen, sowie die sozialen Verhältnisse unter den Mitarbeitenden bzw. zu den Vorgesetzten¹¹⁷. Der typische Ansatz des Arbeitsschutzrechts ist denn auch die Verhältnisprävention¹¹⁸. In den Betrieben wird heute jedoch viel Verhaltensprävention¹¹⁹, aber wenig Verhältnisprävention praktiziert¹²⁰. Es scheint für Unternehmensleitungen einfacher zu sein, die Probleme bei den Mitarbeitenden als bei der eigenen Arbeitsorganisation anzugehen. Bisweilen verspricht eine Kombination beider Strategien am meisten Erfolg. Es gilt, die «optimale Dosis» zu finden¹²¹.
- 487 Verhältnisprävention bei psychischen Belastungen, d.h. eine Verbesserung der Arbeitsorganisation und der Unternehmenskultur, muss wiederum beim **Verhalten der Führungskräfte** (bzw. bei ihrem Wissen über «menschen-gerechte Führung») ansetzen und deren Gesundheitskompetenz verbessern¹²². Darum ist es verfehlt, beim Gesundheitsschutz die Verhaltensprävention nur auf die Beschäftigten zu beziehen¹²³. Die Einhaltung des «psychologischen Vertrages» könnte z.B. in eine Zielvereinbarung von Vorgesetzten einfließen¹²⁴. Psychischer Gesundheitsschutz bedarf also zuallererst Massnahmen

¹¹⁴ Oben Rz. 476.

¹¹⁵ RICHTER, S. 9.

¹¹⁶ LOHMAN-HAISLAH ANDREA, Verhältnisprävention geht vor Verhaltensprävention – Psychische Belastung – was tun? In: *baua:Aktuell* 2/12, S. 6 (auf www.baua.de).

¹¹⁷ GREBNER u.a., S. 118.

¹¹⁸ LEPPIN, S. 41.

¹¹⁹ GREBNER u.a., S. 119; MEYN, S. 100.

¹²⁰ RASMUSSEN u.a., S. 571; UDRIS, S. 94.

¹²¹ BÖDEKER/KRAMER/SOCKOLL, S. 346; RICHTER, S. 8.

¹²² HIRIGOYEN, S. 23.

¹²³ So z.B. die schweizerische Stressstudie: GREBNER u.a., S. 122.

¹²⁴ RAEDER/GROTE, S. 48.

beim Verhalten der *Vorgesetzten*, um die Verhältnisse für die Mitarbeitenden gesundheitsförderlich zu gestalten. Unter diesem Aspekt müsste es demnach heissen: Verhaltensprävention *für* Verhältnisprävention.

Will man bei den Verhältnissen ansetzen, steht man beim **psychischen Gesundheitsschutz** noch vor einem spezifischen Problem: Arbeitsanforderungen (wie z.B. Zeitdruck) sind gleichzeitig «Würze des Lebens und Gifthauch des Todes»¹²⁵. Sie haben bis zu einem gewissen Grad eine stimulierende und motivierende Wirkung, bei hoher Intensität oder langer Dauer können sie aber ins Gegenteil kippen. Es ist somit schwer zu beurteilen, wann eine nicht mehr anregende Beanspruchung, sondern gesundheitsschädigender Stress vorliegt¹²⁶. Was trägt zum psychischen «Immunsystem»¹²⁷ bei und was verletzt es?

Ein weiterer Präventionsgrundsatz ist: **Kollektive** vor individuellen **Massnahmen**¹²⁸. Danach soll ein Unternehmen beim Umgang mit dem Personal z.B. generell darauf achten, dass die Bedürfnisse von ausländischen und älteren Mitarbeitenden wahrgenommen werden¹²⁹.

5. Konkretisierung der Eignung

Höchstarbeitszeiten und minimale **Ruhe- und Erholungszeiträume** gelten *per se* (bzw. *ex lege*) als geeignet zur Verhütung von negativen physischen und psychischen Beanspruchungen. Eine weitere rechtssatzmässige Konkretisierung ist hier nicht erforderlich. Auch die Umsetzung ist durch Art. 46 ArG bzw. Art. 73 ArGV1 mit der Aufzeichnungspflicht der effektiven individuellen Arbeits- und Ruhezeiten hinreichend konkretisiert.

Bei besonders belastenden Arbeitstätigkeiten kann sich aber die Frage stellen, ob ein zusätzlicher Schutz durch **Erweiterung von Erholungszeiten** erforderlich ist. Für einzelne Tätigkeiten (z.B. Call Center) könnten z.B. zusätzliche Pausenzeiten vorgeschrieben werden, was Umsetzung und Kontrolle solcher Präventionsmassnahmen erleichtert.

Bei zwischenmenschlichen Problemen haben sich bei grösseren Betrieben der Aufbau einer **betriebsinternen Struktur** mit spezifischen Verantwortlichen und Verfahren und u.U. mit Beizug von externen Fachleuten als geeignet erwiesen¹³⁰. Viele Betriebe haben aufgrund des GIGs bereits Strukturen zur

¹²⁵ So lautet der Titel der viel zitierten Studie über Stress von LEVI LENNART, Guidance on Work-Related Stress – Spice of Life or Kiss of Death? Luxembourg 2000.

¹²⁶ PODEHL, S. 2091.

¹²⁷ BFS, Sozialbericht 2011, S. 52.

¹²⁸ SECO, Wegleitung ArGV3, S. 302–2; oben Rz. 103.

¹²⁹ SECO, Mobbing, S. 61.

¹³⁰ SECO, Mobbing, S. 63. Für Schweden auch HOEL/EINARSEN, S. 37.

Prävention von sexuellen Belästigungen etabliert. Diese eignen sich meist auch für die Bewältigung übriger Konflikte, Mobbing und Diskriminierungen. Die Konkretisierung entsprechender Massnahmen ist schon zusammen mit der Behandlung dieser Belastungen vorgeschlagen worden¹³¹.

- 493 Wie die Ausführungen zeigen, gibt es auch zu den übrigen Arbeitsbelastungen klare Hinweise für die Beurteilung von geeigneten, bzw. geeigneteren Präventionsmassnahmen. Diese Kriterien passen sowohl zu physischen wie zu psychischen Arbeitsbelastungen, so dass sie in der Verordnung am Anfang als Art. 2a eingefügt werden können. Sie lassen sich wie folgt als generell abstrakte **Rechtssätze** konkretisieren:

Geeignet sind Massnahmen zum Schutz von Gesundheit und Persönlichkeit der Arbeitnehmenden, wenn sie im Betrieb umgesetzt werden können, seiner Struktur entsprechen, und wenn sie andernorts schon eine Wirkung zum Schutz der Gesundheit oder der Persönlichkeit gezeigt haben.

Es ist darauf zu achten, dass Massnahmen keine schützenswerten Rechtsgüter der übrigen Beschäftigten verletzen.

Massnahmen sollen einen ungünstigen Verlauf möglichst früh beeinflussen, d.h. wenn immer möglich die Ursache an der Wurzel bekämpfen.

Bei der Wahl der Massnahmen sind die folgenden Grundsätze zu berücksichtigen:

- Physische eher als kommunikative Massnahmen;
- Interaktive eher als einseitige Kommunikation;
- Individuelle Kommunikation eher als Massenkommunikation;
- Veränderung eher der Verhältnisse als des Verhaltens;
- Veränderung eher des Verhaltens der Vorgesetzten als der Mitarbeitenden;
- Abbau von Risikofaktoren eher als Stärkung der Abwehrkräfte;
- Eher kollektive Massnahmen als individuelle.

Bei der gleichzeitigen Durchführung mehrerer Massnahmen ist darauf zu achten, dass sie sich in ihrer Wirkung nicht gegenseitig beeinträchtigen, sondern optimal ergänzen.

- 494 Auf dieser Grundlage lassen sich **künftig** vielleicht Anforderungen noch deutlicher präzisieren, z.B. je nach Art der Arbeitsbelastung, vielleicht auch nach Art der Tätigkeit bzw. Branche, wenn entsprechende Forschungsergebnisse oder Praxiserfahrungen vorliegen. Zurzeit ist dies jedoch noch nicht möglich.

¹³¹ Oben Rz. 342 und 345.

III. Erforderliche Massnahmen

1. «Nach der Erfahrung notwendig»

Die Auslegung des Kriteriums «nach der Erfahrung notwendig» soll laut Handkommentar zum ArG «keine fundamentalen Probleme» bieten¹³². Beim psychischen Gesundheitsschutz kann dies jedoch mit Fug nicht behauptet werden. Bei der vielleicht harmlos tönenden Wendung geht es bei Lichte besehen effektiv um heikle **Abgrenzungsprobleme**¹³³: Welche psychischen Beanspruchungsfolgen hängen überhaupt mit dem Arbeitsplatz zusammen? Welche Bedingungen müssen vorliegen, dass Arbeitgebende Massnahmen ergreifen müssen? Und wo sind nach der Erfahrung die Grenzen, bei denen gesagt werden kann, in welchem Umfang Massnahmen notwendig sind?

Bei juristisch Gebildeten klingt da sicher das Thema **Kausalzusammenhang** an. In Anbetracht der Tatsache, dass zu diesem Thema in der Rechtswissenschaft schon viel Tinte geflossen ist, erscheint es erstaunlich, dass in der Fachliteratur zum Gesundheitsschutz dazu kaum etwas zu finden ist¹³⁴. Dabei sind dies ja Fragen, die sich auch beim physischen Gesundheitsschutz stellen, aber erst bei den psychischen Gesundheitsrisiken deutlich zu Tage treten. Daher wird auch hier vorgeschlagen, die Konkretisierungen in der ArGV3 bei den Grundsätzen einzufügen¹³⁵.

2. Wirkungszusammenhang

Es stellt sich nicht nur die Frage, **wann** im zeitlichen Kontinuum von Gesundheit/Krankheit interveniert werden muss, sondern auch, welcher Sachverhalt oder welche Bedingungen (**wenn**) vorliegen müssen, damit Prävention gesetzlich geboten ist oder umgekehrt: von Arbeitgebenden nicht verlangt werden kann.

Nur wenn man mit einer **gewissen Sicherheit weiss**, welcher Faktor bzw. welche Faktoren ein Problem verursachen, kann man ihrer Beeinflussung eine potentiell präventive Wirkung überhaupt zuschreiben¹³⁶. Es stellt sich also unweigerlich die Frage, auf welche Kenntnisse, mit welchem Grad an Wissen bezüglich des Ursache-Wirkungszusammenhanges es ankommt.

¹³² SCHEIDEGGER/PITTELOUD, Art. 6 ArG N 16.

¹³³ PETERMANN, Pflichten, S. 5.

¹³⁴ HÜRZELER, S. 142 f. erwähnt das Arbeitsschutzrecht immerhin als Beispiel dafür, dass das Nebeneinander von Privatrecht und öffentlichem Recht vielfach nur als Tatsache dargestellt wird, ohne das Verhältnis zueinander zu klären.

¹³⁵ Vgl. unten Anhang B, S. 307 ff.

¹³⁶ HAFEN, Grundlagen, S. 217.

- 499 Versuchen wir zuerst zu beantworten, *was* man wissen muss: Art. 6 ArG hilft hier mit der Formulierung, dass die Massnahmen zu treffen sind, die «*nach der Erfahrung*» notwendig sind. Es braucht also ein **Erfahrungswissen**, d.h. Kenntnisse, die durch Beobachtung von Sachverhalten in der Vergangenheit zusammen gekommen sind. Was man heute über psychische Belastungsfaktoren am Arbeitsplatz, über die Bedeutung von Ressourcen (Input) und über ihre Auswirkungen auf die Gesundheit der Arbeitnehmenden (Output) weiss, wurde in den vorhergehenden Kapiteln dargelegt. Solches Erfahrungswissen wird zudem gespiesen mit den Erkenntnissen aus Abklärungen für haftpflichtrechtliche Ersatzansprüche. Analog liefern Unfallforschung und -ermittlung die Grundlage für Unfallprävention¹³⁷. Die Erfahrungen sind bei psychischen Vorgängen jedoch schwieriger zu sammeln, weil ein Grossteil der Komponenten nicht sichtbar ist.
- 500 Die Erfahrungen der Vergangenheit lehren uns aber auch, **welche Interventionen** sich positiv auf den Output auswirken. Man konnte beobachten, welche Massnahmen sich als erforderlich erwiesen haben, um einen ungünstigen Gesundheitsverlauf aufzuhalten. So liessen sich etwa mit verbesserter Entlüftung Lungenbeschwerden reduzieren. Es geht bei der Prävention also primär um das Erfahrungswissen bezüglich Interventionen. Das Wissen bezüglich Input-Output-Wirkung bildet die Grundlage dafür. Beim komplexen Geschehen multifaktorieller Inputs und den nicht beobachtbaren und nicht restlos erklärbaren Vorgängen im psychischen System «lebt» Prävention damit und davon, dass eine Unsicherheit der Wirksamkeit von Interventionen besteht¹³⁸.
- 501 Mit **welchem Grad an Wissen** müssen Interventionswirkungen bekannt sein? Auch darauf antwortet das Gesetz mit dem Hinweis darauf, was «nach der Erfahrung» getan werden kann, um die Wahrscheinlichkeit zu reduzieren, dass eine Erkrankung eintritt. Wenn man also aufgrund der Erfahrung mit einer gewissen Sicherheit weiss, dass eine Massnahme einen ungünstigen Gesundheitsverlauf verhindern kann, ist sie geboten. Ein strikter (natur-)wissenschaftlicher Wirkungsnachweis ist also nicht verlangt.

3. Wahrscheinlichkeit der Wirkung

- 502 Arbeitsgesetzliche Prävention beruht auf einer Zukunftsprognose, die auf der Abschätzung der **Eintrittswahrscheinlichkeit** des unerwünschten Ereignisses Krankheit beruht¹³⁹. Eintrittswahrscheinlichkeiten werden jedoch meist unterschätzt, besonders, wenn eine räumliche und zeitliche Distanz besteht, auch wenn das Risiko beeinflussbar erscheint und gesellschaftlich akzeptiert

¹³⁷ HÜRZELER, S. 156.

¹³⁸ ISPMZ, S. 13.

¹³⁹ HURRELMANN/KLOTZ/HAISCH, S. 14; KOLLER/SCHINDLER, S. 282; LEPPIN, S. 35.

ist¹⁴⁰. Wahrscheinlichkeiten werden in der Rechtspraxis eher intuitiv beurteilt¹⁴¹.

Die Erfahrung aus der allgemeinen Präventionsforschung zeigt, dass **Interventionsversuche** von aussen erfolgreich sein können, aber nicht müssen. Es gibt keine direkt-kausalen Interventionen in Funktionssysteme, sondern lediglich *Interventionsversuche*, die zu ganz bestimmten und oft nicht zu den erwarteten oder gar erwünschten Anpassungsleistungen führen, denn Systeme wie Körper und Psyche sind nur beschränkt beeinflussbar¹⁴². 503

Für das Ergreifen von Präventionsmassnahmen kann von der Natur der Sache her also **kein strikter Kausalitätsbeweis** hinsichtlich ihrer Wirkung in der Zukunft verlangt sein¹⁴³. Demzufolge sind Prognosen in der arbeitsgesetzlichen Prävention nicht das Spiegelbild des zivilrechtlichen, und schon gar nicht des sozialversicherungsrechtlichen Kausalitätsbegriffes. Dies bestätigen auch das Bundesgericht und das Genfer Verwaltungsgericht implizit im Leitfall 1, indem sie auf die Argumentation der Treuhandfirma nicht eingegangen sind, wonach ein genügender Beweis für einen Kausalzusammenhang fehle. Beide Gerichte haben sich allein auf die in der Wegleitung enthaltene Empfehlung für den Beizug von Vertrauenspersonen in Konfliktfällen bezogen¹⁴⁴. 504

Auch eine **teleologische Auslegung** der Wendung «nach der Erfahrung notwendig» muss zum Schluss kommen, dass Präventionsmassnahmen nicht erst dann gefordert sind, wenn aufgrund des Erfahrungswissens ein Zusammenhang zwischen Ursache und Wirkung bzw. Wirksamkeit des Handelns sicher (oder mit hoher Wahrscheinlichkeit) besteht. Es muss ein Unterschied zwischen Prävention und Haftung gemacht werden, denn es kann nicht Aufgabe des öffentlichen Arbeitsrechts sein, einzig und allein Arbeitgebende auf ihre vertraglichen Fürsorgepflichten hinzuweisen und sie vor Haftpflichtprozessen zu bewahren. Der Zweck des Arbeitsschutzes geht weiter und setzt früher ein als der Vorwurf einer Schadensverursachung¹⁴⁵. Dies lässt sich aber nur erreichen, wenn für die Pflicht zum Ergreifen von Präventionsmassnahmen weniger hohe Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsgrad des Wirkungszusammenhanges gestellt werden. 505

Das Ziel des Arbeitsschutzes ist es dafür zu sorgen, dass bereits **Gefährdungen** der Gesundheit verhindert werden, d.h. es ist schon bei einem geringeren Wahrscheinlichkeitsgrad zu intervenieren. Insofern unterscheidet sich die 506

¹⁴⁰ ERRASS, Risiko, S. 29; KOLLER/SCHINDLER, S. 282.

¹⁴¹ z.B. BGE 124 IV 114, E. 3c; SEILER, Abschlussbericht, S. 21.

¹⁴² HAFEN, Grundlagen, S. 17.

¹⁴³ BÖDEKER/KRAMER/SOCKOLL, S. 343.

¹⁴⁴ Oben Rz. 29.

¹⁴⁵ Ähnlich VON TROTHA, S. 103.

Verantwortung der Arbeitgebenden bei der Prävention grundsätzlich von der Verschuldenshaftung für eingetretene Schäden.

4. Bezug zur Arbeitswelt

- 507 Arbeitgebende sind ja gesetzlich nur zum Schutz vor **arbeitsbedingten Beinträchtigungen** verpflichtet. Somit muss geklärt werden, mit welchem Grad der Wahrscheinlichkeit die Ursache in der Arbeitswelt liegen muss. Oder vielleicht deutlicher: wann können Arbeitgebende sich darauf berufen, dass Belastungen im Privatleben vorliegen, um die sie sich nicht zu kümmern brauchen?
- 508 Die **private Situation** von Arbeitnehmenden kann *eine* der Komponenten sein, die sich beim inneren Vorgang der Beanspruchung entweder schützend oder aber als zusätzliche Belastung auswirkt. Die *Input-Faktoren* am Arbeitsplatz (oben § 4 Arbeitsbedingungen) oder die arbeitsbedingten Ressourcen (oben Rz. 383 ff.) sind der andere Teil, welcher in die Blackbox «Beanspruchung» einfließt¹⁴⁶. Für diese zweite Komponente sind die Arbeitgebenden verantwortlich; nur diese (aber all diese) Aspekte dieser Input-Faktoren haben sie auf ihr negatives Potential hin zu beurteilen.
- 509 Zeigt sich «nach der Erfahrung», dass aufgrund des am *Arbeitsplatz* festgestellten Zustandes (zweite Komponente) ein negativ wirkender Input besteht, muss das Unternehmen präventiv intervenieren. Ob die Mitarbeitenden private Probleme haben oder nicht, ist für die Pflicht zum Ergreifen derjenigen Massnahmen nicht relevant, die ungünstige **arbeitsbezogene** Beanspruchungsfolgen verhindern sollen. Ist jedoch für Arbeitgebende eine besondere Schutzbedürftigkeit einzelner Mitarbeitenden wegen ihrer bereits angeschlagenen gesundheitlichen Situation (woher auch immer diese rührt) erkennbar, ist u.U. eine Verstärkung des Schutzes aufgrund der zivilrechtlichen Fürsorgepflicht erforderlich¹⁴⁷.

5. «Alle Massnahmen»

- 510 Art. 6 ArG verlangt, dass «alle Massnahmen» getroffen werden¹⁴⁸, die den übrigen genannten Anforderungen entsprechen. Es gibt aber geeignetere und weniger geeignete Massnahmen, wie eben (oben II.) gezeigt wurde. Es kann sicher nicht gemeint sein, dass ein ganzes Orchester von Massnahmen auf die

¹⁴⁶ Oben Rz. 375 ff.

¹⁴⁷ Ebenso BGE 132 III 257, E. 5.5; TSCHUDI, Humanisierung, S. 484; VON TROTHA, S. 257; Dazu unten Rz. 739 f.

¹⁴⁸ Das Adjektiv «alle» fehlt in Art. 328 OR, was aber in der Rechtsprechung keine Auswirkungen hat (SONNENBERG, S. 70).

Beine gestellt wird, wenn eine einzelne verspricht, die **Wirkung optimal** zu erzielen. Manchmal – wie das Beispiel der Silikose zeigt – sind einzelne Massnahmen (Maske, Staubabzug, nasses Bohren) allein nicht genügend wirksam und können das Erkrankungsrisiko erst durch ihre Orchestrierung reduzieren¹⁴⁹.

Bei psychischen Gesundheitsrisiken ist jedoch zu beachten, dass die zu ihrem Schutz getroffenen Massnahmen bisweilen selber einen belastenden Effekt haben oder diesen erst im **Zusammenspiel** mit übrigen Belastungen und Massnahmen erhalten können. Will man z.B. das Betriebsklima verbessern, indem transparenter informiert werden soll, bedingt dies u.U. bessere Protokollierung. Wird nicht beachtet, dass dies zusätzliche Zeit erfordert, steigt die zeitliche Belastung, es ergeben sich dadurch u.U. Qualitätsdilemmata und am Ende ist das Betriebsklima genauso schlecht, nur aus einem anderen Grund.

Dies zeigt die **Grenzen des herkömmlichen Arbeitsschutzes** auf, welcher einzelne Belastungen mit einzelnen Präventionsmassnahmen zu bekämpfen sucht¹⁵⁰. Es besteht die Gefahr, dass man so vor lauter Bäumen den Wald nicht mehr sieht. Will man einen Betrieb mit seinen Mitarbeitenden (wie den Wald) gesund erhalten, sind auch hier quasi die Wechselwirkungen innerhalb des ganzen Ökosystems zu beachten. Schattenwurf und Nährstoffbedarf sind wichtige Faktoren, aber sie müssen als Teil des Ganzen wahrgenommen werden.

Eine Präzisierung der Wendung «alle Massnahmen, ... die nach der Erfahrung notwendig sind» könnte wie folgt lauten:

Umstände am Arbeitsplatz sind nach Möglichkeit zu verbessern, wenn sie geeignet sind über kurz oder lang oder in ihrem Zusammenwirken eine Gefährdung der Gesundheit oder eine Verletzung der Persönlichkeit zu bewirken.

Es sind alle Massnahmen zu treffen, die erfahrungsgemäss geeignet sind, Gesundheitsbeeinträchtigungen oder Persönlichkeitsverletzungen zu verhindern.

IV. Zumutbare Massnahmen

1. «Den Verhältnissen des Betriebes angemessen»

Mit der letzten Anforderung an Präventionsmassnahmen kommen **Wertungen** ins Spiel¹⁵¹. Ob eine Massnahme geeignet oder nötig ist, kann bei genü-

¹⁴⁹ GASSNER MARKUS, Messbarkeit der Therapie – oder: zur vermarktwirtschaftlichten Ethik der Sozialversicherungen, in: Schweizerische Ärztezeitung 2001, S. 1552 f.

¹⁵⁰ Mehr dazu unten Rz. 554 ff.

¹⁵¹ PETERMANN, Pflichten, S. 6.

gender arbeitswissenschaftlicher Durchdringung von Fachleuten nach transparenten Kriterien beantwortet werden. Behördliche oder richterliche Wertentscheidungen sind aber gefordert, wenn eine Antwort auf die Frage ansteht: Wie viel muss das betreffende Unternehmen in den Gesundheitsschutz im Betrieb bzw. für einzelne Massnahmen investieren? Wo muss man im Einzelfall vernünftigerweise eine Grenze ziehen?

- 515 Eine solche Grenzziehung ist freilich schon grundsätzlich auf **Kritik** gestossen. Es sei rechtsethisch unbefriedigend, auf Verhältnisse des einzelnen Betriebes abzustellen und das Rechtsgut Gesundheit je nach Betrieb unterschiedlich zu schützen¹⁵². Es ist auch ein schwieriger ethischer Entscheid, welche Risiken erlaubt sein sollen, und welche nicht¹⁵³. Man kann sich auch fragen, ob es vertretbar ist, beim Schutz so hoher Rechtsgüter wie Gesundheit und Persönlichkeit überhaupt Kosten-Nutzen-Abwägungen vorzunehmen. Dagegen ist einzuwenden, dass solche ohnehin gemacht werden und es wichtiger ist dafür zu sorgen, dass sie rational und bewusst erfolgen¹⁵⁴.
- 516 Aus **rechtshistorischer Sicht** ist zu ergänzen, dass die betrieblichen Verhältnisse nach Art. 2 des Fabrikgesetzes¹⁵⁵ nicht als Einschränkung, sondern vielmehr als Bekräftigung dafür zu verstehen war, dass alles, was möglich ist, getan werden muss:

Zum Schutze der Gesundheit und zur Sicherheit gegen Verletzungen sollen überhaupt alle erfahrungsgemäss und durch den jeweiligen Stand der Technik, sowie durch die gegebenen Verhältnisse ermöglichten Schutzmittel angewendet werden.

Die heute geltende Umschreibung wurde erst mit dem Arbeitsgesetz 1964 eingeführt. Sie wurde in der Botschaft des Bundesrates wie folgt begründet¹⁵⁶:

Die Formulierung, dass er die «den Verhältnissen des Betriebes angemessenen» Massnahmen zu treffen hat, bringt jedoch klarer als das geltende Recht zum Ausdruck, dass auf die konkreten und besonderen Verhältnisse des Betriebes in wirtschaftlicher und technischer Beziehung Rücksicht zu nehmen ist. Damit wird den ... von Arbeitgeberseite geäusserten Wünschen namentlich im Hinblick auf Kleinbetriebe Rechnung getragen.

¹⁵² REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 19.

¹⁵³ REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 19; SEILER, Abschlussbericht, S. 16 f.; STAEHELIN, ZK, Art. 328 OR N 22.

¹⁵⁴ SEILER, ZBJV, S. 144.

¹⁵⁵ Zitiert in LANDMANN, S. 10.

¹⁵⁶ Botschaft ArG, BBl 1960 II, S. 961; SCHEIDEGGER/PITTELOUD, Art. 6 ArG N 1.

2. Verhältnis zwischen Massnahme und Wirkung

Präventionsmassnahmen sind einem Betrieb nur zumutbar, wenn sie in einem vernünftigen **Verhältnis zur erwarteten Wirkung** stehen¹⁵⁷. Dies kann man mit dem Leitfall 1 illustrieren: Das erstinstanzliche Verwaltungsgericht befand, das Arbeitsinspektorat habe begründete Zweifel daran gehabt, dass die Treuhandfirma selber die Anforderungen an den Schutz der psychischen Gesundheit ausreichend sicherstelle. Es sah nur in einer externen Ansprechperson eine Möglichkeit, die erwünschte Wirkung erzielen zu können¹⁵⁸.

Es ist zu prüfen, ob sich eine **Massnahme** angesichts des erreichbaren Nutzens und der Schwere des Risikos **lohnt**¹⁵⁹. Hier geht es darum, ob die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des befürchteten Ereignisses mittels der geplanten Massnahme voraussichtlich effektiv reduziert werden kann, und ob dies in einem vertretbaren Verhältnis zum Aufwand steht¹⁶⁰. Es werden also verschiedene Elemente gegeneinander abgewogen. Kann man mit einer teuren Massnahme (z.B. Erhöhung des Personalbestandes) mit hoher Wahrscheinlichkeit ein grosses und wahrscheinliches Schadenspotential verhindern (z.B. mehrere Burnout-Erkrankungen), lohnt sich eine solche Massnahme. Ist auf der anderen Seite bei einer kostengünstigen Massnahme der Erfolg sehr unsicher, kann sie (selbst bei geringem Schadenspotential) trotzdem zumutbar sein.

Diese Abwägungen sind ein Punkt, der beim Schutz vor **psychischen Gesundheitsrisiken** Probleme bereiten könnte. Einmal wird die Eintrittswahrscheinlichkeit wie auch das Schadenspotential von psychischen Beeinträchtigungen meist unterschätzt, obwohl es von verminderter Arbeitsleistung bis zu bleibender Arbeitsunfähigkeit reichen kann. Auf der anderen Seite ist die Wirksamkeitsbeurteilung im psychischen Bereich mit viel mehr Unsicherheiten behaftet, als dies z.B. bei der Unfallverhütung der Fall ist¹⁶¹. Zudem zeigen sich Effekte von Prävention in der Regel eher längerfristig und sind zudem nicht unbedingt monetär darstellbar¹⁶². Dadurch besteht die Gefahr, dass im Endeffekt wegen diesen Überlegungen zur Verhältnismässigkeit die Arbeitnehmenden vor psychischen Risiken weniger geschützt werden als vor Unfallrisiken¹⁶³, so dass am Schluss die psychische Gesundheit (bei aller

¹⁵⁷ MÜLLER ROLAND A., Art. 6 Abs. 1 ArG N 5; STAEHELIN, ZK, Art. 328 OR N 20.

¹⁵⁸ Urteil des Verwaltungsgerichts Genf vom 5.4. 011 (ATA/225/2011), E. 13.

¹⁵⁹ METTLER, S. 39.

¹⁶⁰ SEILER, Abschlussbericht, S. 23.

¹⁶¹ ISPMZ, S. 13 ff.

¹⁶² LENHARDT/ROSENBROCK, S. 325.

¹⁶³ BAER/FRICK/FASEL/WIEDERMANN, S. 133.

Beteuerung von Gleichwertigkeit) doch weniger geschützt wird als die körperliche¹⁶⁴.

3. Verhältnis zwischen Kosten und Nutzen

- 520 Mit der Abwägung von Kosten und Nutzen wird nun das Ganze durch eine **ökonomische Brille** betrachtet. Um den Nutzen zu beziffern, ist eine Vergleichsrechnung anzustellen. Es ist zu ermitteln, was es kostet, eine präventive Intervention zu unterlassen und der Sache den Lauf zu lassen, und welche Kosten andererseits zu erwarten sind mit Durchführung der geplanten Intervention¹⁶⁵.
- 521 Im Leiturteil 1 wurde in die Waagschale gelegt, dass eine ausschliesslich interne Lösung zu gravierenden **Folgen** für die Arbeitnehmenden führen kann. Dies belege ja gerade der Fall der Arbeitnehmerin, welche das Verfahren mit ihrer Meldung in Gang gesetzt hatte, nachdem der Arbeitskonflikt unbestrittenermassen dazu geführt hatte, dass sie psychiatrisch hospitalisiert werden musste¹⁶⁶. Diesen (im Urteil nicht bezifferten Kosten) wurden die Kosten für eine externe Vertrauensperson gegenüber gestellt und aufgrund des Vergleichs die Kosten dafür als zumutbar erachtet¹⁶⁷.
- 522 Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit ist neben dem Ausmass des möglichen Schadens auch die **Wahrscheinlichkeit des Schadenseintrittes** in Rechnung zu stellen¹⁶⁸. Die Kosten für eine externe Vertrauensperson erachtete das Gericht im Leitfall 1 als zumutbar, weil sie nur in einem Ausnahmefall anfallen, zumal die betroffene Treuhandfirma betonte, dass im Betrieb ein respektvolles Klima herrsche und Diskriminierungen ausdrücklich verurteilt würden. Ausserdem hielt das Gericht der Treuhandfirma vor, das die Beibringung eines fachtechnischen Gutachtens im Verfahren für sie wirtschaftlich einschneidender sei, als vielleicht später einmal eine Rechnung der externen Vertrauensperson begleichen zu müssen.
- 523 Das Gesetz sagt nicht, in welchem **Verhältnis** die **Folgekosten** mit den Kosten der **Präventionsmassnahmen** stehen müssen, so dass sie als noch tragbar oder als unzumutbar bewertet werden (Grenzkostenwert). Eine solche Konkretisierung wäre zwar wünschbar, sie ist aber ein «heisses Eisen». Es setzte zum einen voraus, dass die Parameter für den jeweiligen Betrieb verlässlich geschätzt werden könnten¹⁶⁹. Dies ist jedoch nicht einfach, da es (insbeson-

¹⁶⁴ Dies bestätigen empirische Untersuchungen (OECD, S. 66).

¹⁶⁵ ISPMZ, S. 16 f.; SEILER, Abschlussbericht, S. 22.

¹⁶⁶ Urteil des Verwaltungsgerichts Genf vom 5.4.2011, ATA/225/2011, E. 13.

¹⁶⁷ Urteil des Verwaltungsgerichts Genf vom 5.4.2011, ATA/225/2011, E. 11.

¹⁶⁸ BGE 126 III 113, E. 2b.; BGE 129 III 65, E. 1.1; SEILER, ZBJV, S. 146.

¹⁶⁹ FUNK, S. 68; PETERMANN, Pflichten, S. 5.

dere bei einer grossen Personalfuktuation) schwierig ist zu wissen, wie viele Arbeitnehmende durch z.B. eine zusätzliche Ferienwoche von Erkrankungen verschont werden (Nutzen) und wie gross die Wahrscheinlichkeit ist, dass sie (in welchem Zeitraum?) ohne diese Zusatzwoche erkranken, und welche Folgekosten dies verursachte. Zum anderen wäre zu klären, welche Folgekosten des Betriebes in die Kalkulation einfließen sollen (z.B. Krankentaggelder, Verlust von Know-how, Stellenbesetzung, Produktionsverzögerungen etc.), und ob auch die volkswirtschaftlichen Kosten (z.B. Invaliditätsrenten) zu berücksichtigen sind.

Die Frage von **Kosten und Nutzen der Prävention** von psychischen Risiken wird auf volks- und betriebswirtschaftlicher Ebene zwar geführt, um Politik und Unternehmen zu Betrieblichem Gesundheitsmanagement zu motivieren. Es scheinen jedoch viele methodische Fragen noch nicht geklärt zu sein¹⁷⁰, so dass die Anwendung im Einzelfall für die rechtliche Beurteilung der Zumutbarkeit wohl noch nicht standardmässig zum Zug kommen könnte.

In der Rechtsanwendung zieht man sich angesichts dieser Probleme auf die Position zurück, es dürfe einfach **kein Missverhältnis** zwischen Kosten und Nutzen unter Berücksichtigung der Eintrittswahrscheinlichkeit bestehen¹⁷¹. Dabei kann die Art und Grösse eines Betriebes einfließen¹⁷². Sind in einem Betrieb nämlich nur wenige Mitarbeitende von einer relativ unwahrscheinlichen Gefährdung betroffen, kann es «den Verhältnissen des Betriebes angemessen sein» nur die günstigere und vielleicht etwas weniger wirksame Massnahme als zumutbar zu betrachten.

Auch diese Zumutbarkeitsbeurteilung kann dem **psychischen Gesundheitschutz** zum Verhängnis werden, wenn man sich vergegenwärtigt, dass einige der psychischen Arbeitsbelastungen (wie Zeitdruck, Qualitätsdilemmata, fehlende Wertschätzung) möglicherweise Folgen von Personalabbau sind, die wegen ihres hohen Spareffekts getroffen wurden. Demzufolge wird im umgekehrten Fall bei erforderlichen Präventionsmassnahmen (wie Aufstockung des Personalbestandes, weniger rigorose Zeitvorgaben) voraussichtlich ins Feld geführt, dies sei mit unzumutbar hohen Kosten verbunden. Dadurch droht die Prävention angesichts der schwierigen Wirksamkeitsprognose im psychischen Bereich auf der Strecke zu bleiben¹⁷³. Dem kann nur begegnet werden, wenn an die Wirksamkeitsnachweise diesem Umstand entsprechend

¹⁷⁰ RAGNI, passim; SECO, Mobbing, S. 54 ff.

¹⁷¹ METTLER, S. 39 f.; PETERMANN, Pflichten, S. 5.

¹⁷² STAEHELIN, ZK, Art. 328 OR N 20.

¹⁷³ Der SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND, S. 18 gibt in diesem Sinne zu bedenken: «Die Konkurrenzfähigkeit der betrieblichen Tätigkeiten muss gewahrt bleiben, denn bei verlorenen Arbeitsplätzen erübrigt sich zwangsläufig auch die Arbeitssicherheit».

weniger hohe Anforderungen gestellt werden (analog einer Beweislastleichterung).

- 527 Auf der anderen Seite gibt es bei psychischen Risiken Präventionsmassnahmen, die buchstäblich **nichts kosten**, wie z.B. verbale Wertschätzung. Verbesserte Information kann allein schon erreicht werden mit der Ausformulierung von Pflichtenheften, in denen Aufgabenbereiche der Mitarbeitenden konkret beschrieben und klar abgegrenzt werden¹⁷⁴.
- 528 Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit von Präventionskosten im einzelnen Unternehmen darf jedenfalls die **finanzielle Situation des Betriebs** keine Rolle spielen. Grenznutzenbetriebe, die an sich im Wettbewerb wegen Unwirtschaftlichkeit auszuscheiden hätten, sollen sich nicht auf Kosten der Gesundheit ihrer Mitarbeitenden am Leben erhalten könnten¹⁷⁵.
- 529 Dieser **Konkretisierungsvorschlag** ist ein Versuch, die vorstehenden Ausführungen zusammenzufassen und in einen Rechtssatz zu «giessen»:

Massnahmen sind zumutbar, wenn ihre Kosten in einem günstigen Verhältnis stehen zur Wahrscheinlichkeit und zum Ausmass der Verhinderung eines möglichen Schadens.

Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit sind Art und Grösse, nicht aber die wirtschaftliche Situation des Betriebes zu berücksichtigen.

V. Wahrung der Wirtschaftsfreiheit

1. Einleitung

- 530 Mit den vorstehenden Überlegungen zur Frage, unter welchen Voraussetzungen Arbeitgebende welche Präventionsmassnahmen ergreifen müssen, um ihre Mitarbeitenden vor psychische Risiken zu schützen, sind wir auf eine **neue Dimension** gestossen: Kann einem Unternehmen aus Gründen des Gesundheitsschutzes der Personalbestand diktiert werden? Was ist davon zu halten, dass eine Arbeitsinspektorin einem Unternehmen für eine gewisse Zeit Umstrukturierungen verbietet¹⁷⁶?
- 531 Wo bleibt da die **Wirtschaftsfreiheit** (Art. 27 BV)? Dies ist eine Frage, die auch beim physischen Arbeitsschutz immer mitschwingt. Arbeitsschutz ist per se eine Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit bzw. der Vertragsfreiheit¹⁷⁷. Dies hat mit Vorschriften zur Begrenzung der Arbeitszeit vor 150 Jahren

¹⁷⁴ SECO, Anhang Wegleitung Art. 2 ArGV3, S. 302-H.

¹⁷⁵ LETSCH, Rz. 131; MÜLLER ROLAND A., Art. 6 Abs. 1 ArG N 8.

¹⁷⁶ Oben Rz. 370.

¹⁷⁷ TSCHUDI u.a., Einleitung, N 32; VERSTEYL, S. 26; WESEL, S. 487.

begonnen – Was heisst das nun aber heute beim Schutz vor psychischen Gefahren am Arbeitsplatz?

Anhand eines etwas ausgefallenen **Beispiels** aus der anwaltlichen Beratungspraxis kann die Problematik veranschaulicht werden¹⁷⁸: Ein gut laufendes Grafikatelier, das bislang für Mode, Sport und Möbelbranche gearbeitet hat, nutzt die Gelegenheit zur Diversifizierung und «angelt» einen Auftrag zur Herstellung eines Verkaufskataloges für Waffen. Die Mitarbeitenden haben Mühe damit, dass sie nun gezwungen sind, einen Beitrag zur Verbreitung von Waffen zu leisten (Moraldilemma¹⁷⁹). Könnte ein Arbeitsinspektorat zum Schutz dieser Arbeitnehmenden dem Unternehmen verbieten, einen weiteren solchen Auftrag anzunehmen, wenn gleichwertige Angebote anderer Branchen vorliegen?

Wirtschaftliche Wertungsgesichtspunkte sind bei der Prüfung arbeitsrechtlich gebotener Präventionsmassnahmen erst bei der Zumutbarkeit zu berücksichtigen¹⁸⁰. Die Grenzen der Zumutbarkeit sind danach erreicht, wenn die wertende Abwägung ergibt, dass Aufwand und Nutzen in einem Missverhältnis zur möglichen Wirkung stehen. Beim vorgenannten Beispiel schlägt es sich in der Bilanz jedoch nicht nieder, ob Kataloge für Alltagsgüter oder Waffen hergestellt wurden. Ein Verzicht auf Arbeiten an Waffenkatalogen befreit die Mitarbeitenden aber vor einer psychischen Belastung, die sich bekanntermassen auf die Dauer negativ auf die Gesundheit auswirken kann¹⁸¹. Ein Verzicht auf die Herstellung von Waffenkatalogen wäre geeignet und erforderlich sowie für das Unternehmen wirtschaftlich zumutbar.

Dieses Beispiel zeigt, dass zusätzlich zur Frage, was «den Verhältnissen des Betriebes angemessen» ist, die weitere Frage zu beantworten ist, welche **Beinträchtigungen der Wirtschaftsfreiheit** Unternehmen im Namen des (psychischen) Gesundheitsschutzes dulden müssen.

Die privatrechtliche **Vertragsfreiheit** ist in der Wirtschaftsfreiheit enthalten¹⁸². Darum wirkt sich das Ausloten der Grenzen zwischen Arbeitsschutz und Wirtschaftsfreiheit auch auf die Frage aus, wie weit die Vertragsfreiheit im Interesse des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz beschränkt werden kann. Öffentlichrechtliche Beschränkungen der Vertragsfreiheit begrenzen ja nicht nur die Freiheit der Arbeitgebenden, sondern auch der Arbeitnehmenden. Sie dürfen nicht zu jeder Tages- und Nachtzeit und unter gesundheitsbe-

¹⁷⁸ Das Beispiel mag konstruiert klingen, es beruht aber auf einer realen Begebenheit. Das Problem wurde im konkreten Fall durch Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die betroffenen Arbeitnehmenden «gelöst».

¹⁷⁹ Oben Rz. 327 f. Dieses Beispiel wurde gewählt, weil es hier um eine ausschliessliche psychische Belastung ohne Mitwirken physischer Faktoren geht.

¹⁸⁰ So oben unter IV. bzw. Rz. 514 ff.

¹⁸¹ Oben Rz. 328.

¹⁸² HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 630.

lastenden Bedingungen arbeiten, selbst wenn sie das selber wollten. Der Staat schützt so das Grundrecht auf körperliche und psychische Unversehrtheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und setzt die öffentlichen Interessen der «Volksgesundheit», also volkswirtschaftliche Interessen und ethische Werte durch¹⁸³. Nur bei den Vorschriften über die Arbeits- und Ruhezeiten (Art. 9 ff. ArG) ist diese Abwägung durch die Gesetzgebung so konkret erfolgt, dass im Anwendungsfall kein Ermessensspielraum mehr verbleibt¹⁸⁴.

- 536 Der **Schutz der Arbeitnehmenden** vor sich selber und vor einer allfälligen wirtschaftlichen Abhängigkeit gegenüber Arbeitgebenden ist im psychischen Bereich besonders wichtig. Psychische Belastungen nehmen selbst Betroffene oft erst wahr, wenn es zu spät ist. Psychische Vorgänge sind ja nicht sichtbar und immer noch tabuisiert. Zudem überschätzen Arbeitnehmende ihre Konstitution gerne und bedenken zu wenig, dass ihre Kräfte bis zur Pensionierung reichen sollten. Je mehr von den Mitarbeitenden heute eine Mitverantwortung für das Gedeihen des Unternehmens und ein wirtschaftliches Denken in meist kurzen Zeiträumen gefordert wird, umso mehr ist eine langfristige Optik¹⁸⁵ und das Einbringen von Achtsamkeit und Fachwissen über psychische Vorgänge von aussen durch den Staat nötig¹⁸⁶. Gesundheitsschutz ist daher keineswegs ein überholtes Relikt des 19. Jahrhunderts, sondern ein nötiges Gegengewicht zur Globalisierung und zur Dominanz kurzfristiger Profitziele¹⁸⁷.

2. Wirtschaftsfreiheit

- 537 Sowohl der Arbeitsschutz wie die Wirtschaftsfreiheit sind in der **Bundesverfassung** verankert. Ihr Verhältnis zueinander ist aber wenig geklärt, was wohl mit der fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz zusammenhängt (Art. 190 BV). Welche Gesichtspunkte sind für ihre gegenseitige Abgrenzung bei der Anordnung von Präventionsmassnahmen massgebend?
- 538 Art. 27 BV vermittelt einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch auf Nichteinmischung des Staates¹⁸⁸. Die Wirtschaftsfreiheit ist ein Abwehrrecht von Privaten gegenüber Beschränkungen ihrer **wirtschaftlichen Tätigkeit** durch staatliche Handlungen¹⁸⁹. Zur (privat-)wirtschaftlichen Tätigkeit gehört die Gestaltung der Erwerbsarbeit¹⁹⁰ und die freie Gestaltung der Betriebsverhältnisse¹⁹¹, also die freie Wahl der sachlichen Mittel, die Wahl der Vertragspart-

¹⁸³ MOOR, S. 393; MÜLLER MARKUS, Selbstbestimmung, S. 73 f.

¹⁸⁴ BGer vom 17.3.2012 2C_892/2011, E. 5.

¹⁸⁵ MÜLLER MARKUS, Selbstbestimmung, S. 84.

¹⁸⁶ SEILER/SPLITTGERBER, S. 318.

¹⁸⁷ FICHTER/ZEUNER, S. 341.

¹⁸⁸ HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 650; REICH, Rz. 104.

¹⁸⁹ REICH, Rz. 144.

¹⁹⁰ PÄRLI, Rz. 631.

¹⁹¹ BGE 98 Ia 395, E. 5; BGE 91 I 306, E. 6; PÄRLI, Rz. 638.

ner sowie die Freiheit der betrieblichen Organisation in sachlicher und zeitlicher Hinsicht¹⁹².

Beeinträchtigungen des Schutzbereichs der Wirtschaftsfreiheit gem. Art. 27 BV sind sowohl an Art. 36 BV als auch an Art. 94 Abs. 1 und 4 BV zu messen¹⁹³. Danach sind Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sind. Schwere Eingriffe bedürfen einer ausdrücklichen Grundlage auf Gesetzesstufe¹⁹⁴, für weniger schwere Eingriffe genügt eine Verankerung auf Verordnungsstufe¹⁹⁵. Sie müssen den Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit von Art. 27 BV wahren¹⁹⁶ und mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit konform sein (Art. 94 Abs. 1 BV)¹⁹⁷. 539

Demnach sind Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit **zum Schutz der Arbeitnehmenden** zulässig. Arbeitsschutz ist grundsatzkonform, d.h. es ist nicht seine Absicht eine Planwirtschaft einzuführen oder die Privatautonomie abzuschaffen, sondern er steht zum System des wirtschaftlichen Wettbewerbs und der Vertragsfreiheit¹⁹⁸. Er beruht sowohl auf der Verfassung (Art. 110 Abs. 1 lit. a BV) als auch auf einem formellen Gesetz (UVG/ArG). Arbeitsschutz ist sozialpolitisch begründet¹⁹⁹ und liegt im öffentlichen Interesse²⁰⁰. Zu den öffentlichen Interessen, die einen Grundrechtseingriff rechtfertigen, zählen auch (aber nicht ausschliesslich) fiskalische Interessen²⁰¹, hier also die Entlastung der Staatsbudgets für Gesundheit und Soziale Sicherheit. Somit bleibt nur noch die Verhältnismässigkeit des Grundrechtseingriffes zu prüfen. 540

3. Grundrechtskollision

Ob eine Massnahme des gesetzlichen Arbeitsschutzes als ein unverhältnismässiger Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit des betroffenen Unternehmens 541

¹⁹² HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 643 ff.; REICH, Rz. 127; VALLENDER KLAUS, in: Ehrenzeller Bernhard u.a. (Hrsg.), SG-Kommentar, Art. 27 BV N 20.

¹⁹³ REICH, Rz. 136.

¹⁹⁴ BGE 109 Ia 273, E. 4d; BGE 113 Ia 440, E. 2.

¹⁹⁵ HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 670; PÄRLI, Rz. 650.

¹⁹⁶ REICH, Rz. 156.

¹⁹⁷ BGer vom 3.7.2012 2C_485/2010, E. 6. Grundsatzwidrige Eingriffe müssten «in der Bundesverfassung vorgesehen» sein (Art. 94 Abs. 4 BV), was z.B. bei Konjunkturpolitik (Art. 100 Abs. 3 BV) und Aussenwirtschaftspolitik (Art. 101 Abs. 2 BV) der Fall wäre.

¹⁹⁸ HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 700; PÄRLI, Rz. 649; REICH, Rz. 791.

¹⁹⁹ BGE 97 I 499, E. 4c; BGE 98 Ia 395, E. 3; PÄRLI, Rz. 643; REICH, Rz. 749.

²⁰⁰ BEER, SJZ 1984, S. 90; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 671a; GÄCHTER/VOLLENWEIDER, Rz. 174.

²⁰¹ BGer vom 3.7.2012 2C_485/2010, E. 8.6.

bewertet werden muss, ist hier unter dem Gesichtspunkt zu prüfen, dass eine **Kollision von Grundrechten** besteht: Schutz der Arbeitnehmenden und der persönlichen Integrität einerseits gegenüber der Wirtschaftsfreiheit andererseits. Dieses Spannungsfeld ist unter Abwägen der Gehalte der betroffenen Grundrechte und einer Interessenabwägung im Einzelfall aufzulösen²⁰².

- 542 Bei einer solchen Situation ist es Aufgabe des Staates – seiner gesetzgebenden, wie seiner vollziehenden Organe – einen **Ausgleich** zwischen entgegengesetzten Grundrechten zu schaffen²⁰³. Dabei ist zu beachten, dass es keine Hierarchie der in der Bundesverfassung verankerten Grundrechte und ihrer Schutzbereiche gibt²⁰⁴. Es mag in der Gesellschaft vielleicht eine zunehmende Dominanz des Wirtschaftssystems über Politik und Recht geben²⁰⁵, verfassungsrechtlich begründen lässt sie sich jedoch nicht. Ein Ausgleich bedingt, dass keines der beteiligten Grundrechtsgüter zu Lasten des anderen ganz zurückgedrängt wird und beide grundrechtlich geschützten Interessen wenigstens teilweise und so weit wie möglich verwirklicht werden²⁰⁶.
- 543 Zur Verwirklichung des **Gesundheitsschutzes** können im konkreten Beispielfall folgende Überlegungen eine Rolle spielen: Eine arbeitsschutzrechtliche Massnahme verbietet vielleicht eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit oder die Art ihrer Ausübung (hier grafische Arbeiten für Waffenkataloge) und wirkt beschränkend. Übers Ganze gesehen wirkt sie jedoch befähigend²⁰⁷: so ermöglicht die Gesunderhaltung der arbeitenden Bevölkerung eine «gedeihtliche Entwicklung» der Wirtschaft, wie dies der Bundesrat schon 1910 eingeräumt hat²⁰⁸. Arbeitsschutz dient in diesem Sinne der Wirtschaft ganz allgemein. Eine einmal erfolgte Verletzung der Persönlichkeit oder Beeinträchtigung der Gesundheit auf der anderen Seite lässt sich nicht rückgängig machen, es können höchstens finanzielle Entschädigungen geboten werden, aber das verletzte Rechtsgut kann nicht mehr «gerettet» oder tatsächlich wiederhergestellt werden. Zum selben Ergebnis kommt man, wenn man der «Daumenregel» folgt, dass fundamentale Interessen (Gesundheit) den Vorrang vor weniger fundamentalen Interessen (Freiheit wirtschaftlicher Betätigung) haben sollen²⁰⁹. Unter diesem Gesichtswinkel scheint es vertretbar, dass das Grafikatelier auf die Gestaltung von Waffenkatalogen verzichten

²⁰² MARTIN, S. 11; TSCHANNEN, § 4 Rz. 16. Sies ist auch die Praxis der EuGH in vergleichbaren Fällen (VISCHER FRANK, Kollektives Arbeitsrecht und die Grundfreiheiten der EU – neuere Urteile des EuGH, in: ArbR 2010, S. 15–31, S. 28).

²⁰³ MARTIN, S. 224.

²⁰⁴ BGE 137 I 167 (Pra 100/2011, Nr. 125), E. 3.7. TSCHANNEN, § 4 Rz. 13 f.

²⁰⁵ MASTRONARDI, S. 174.

²⁰⁶ MARTIN, S. 228 f.

²⁰⁷ MÜLLER MARKUS, Selbstbestimmung, S. 77 f.

²⁰⁸ Botschaft Revision FabrikG, BBl 1910, S. 576.

²⁰⁹ RICHLI, S. 423 (Daumenregel 8). So im Ergebnis auch MARTIN, S. 242 ff.

muss, zumal die Rechnung selber für das Unternehmen immer noch aufgeht. Analog schien es dem Bundesgericht im Leitfall 1 zulässig, die Freiheit der Treuhandfirma bei ihrer betriebsinternen Organisation und Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse insofern zu beschneiden, als ihr in Zukunft Konfliktlösung durch interne Vertrauenspersonen verweigert wurde.

Betrachten wir nun aber das Beispiel im Hinblick auf die Verwirklichung der Wirtschaftsfreiheit: Hier wäre zu prüfen, wie schwer für das Grafikatelier der Eingriff in die **Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung** wiegt, denn es kommt bei der Lösung der Grundrechtskollision auch auf das Mass der Beeinträchtigung an²¹⁰. Das Unternehmen ist bereits in einem grossen vielfältigen Markt verankert und würde einen kleineren Markt verlieren, gleichzeitig aber möglicherweise eine Sicherung der Arbeitsplätze dank Diversifizierung vermindern. Weder für den Bestand noch das Gedeihen des Betriebes in absehbarer Zeit wäre ein Verzicht auf Aufträge aus der Waffenindustrie entscheidend. Betrachtet man die Lösung aber auch im Hinblick auf andere Grundrechtsträger²¹¹, fällt ins Gewicht, dass ein derartiger Gesundheitsschutz dazu führte, dass gar keine Arbeitsplätze im Bereich Waffen mehr angeboten werden dürften, so dass insgesamt der Eingriff wieder schwer erscheint. Im konkreten Fall geht es jedoch nicht um alle Arbeitnehmenden, die irgendwie mit Waffenproduktion oder Vertrieb zu tun haben, sondern um diejenigen, welche im Grafikatelier eine Stelle angenommen haben und nun unerwartet vor einem Dilemma stehen. Erwartet man, dass sie kündigen sollen, wenn ihnen die Arbeit nicht mehr passt, verletzt man wiederum deren Vertragsfreiheit.

Würde man den Grundrechtseingriff als schwer qualifizieren, wäre noch zu prüfen, ob überhaupt eine genügende **gesetzliche Grundlage** für die Anordnung eines Verzichts auf Belieferung der Waffenindustrie mit Katalogen vorliegt, könnte sich doch eine Verfügung nicht auf eine explizite gesetzliche Bestimmung stützen. Zwar sieht Art. 6 Abs. 4 ArG eine (unausweichliche²¹²) fast umfassende Delegation an den Bundesrat vor, und das Gesetz enthält die Grundlage der Regelung²¹³ (Art. 6 Abs. 1 und 2 ArG), aber auch auf Verordnungsstufe gibt es (noch) keine hinreichend konkrete Bestimmung für diese Massnahme. Der Eingriff würde demnach möglicherweise schon an dieser Hürde scheitern.

Eine salomonische **Lösung** zur Bewältigung dieses zu Demonstrationszwecken als Beispiel gewählten **Kollisionsproblems** könnte eine zeitliche Befristung der Massnahme sein. Nur während z.B. 1–2 Jahren auf Aufträge aus dem

²¹⁰ MARTIN, S. 251.

²¹¹ MARTIN, S. 251.

²¹² TSCHUDI u.a., Einleitung, N 43.

²¹³ BGE 118 Ia 305, E. 2b.

Waffenhandel zu verzichten, wäre für das Unternehmen lediglich ein zeitlich begrenzter Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit. Die Mitarbeitenden hätten Zeit, Stellen zu suchen, denen ihr psychisches Immunsystem gewachsen ist. Unter diesem Aspekt scheint auch die Anordnung der französischen Arbeitsinspektorin vertretbar, dass France Télécom für eine beschränkte Zeit (bis ein Gutachten vorlag) keine Reorganisationen im Betrieb durchführen durfte²¹⁴.

- 547 Im Einzelfall gilt es also beim **psychischen Gesundheitsschutz** ganz besonders heikle Abwägungen gegenüber der Wirtschaftsfreiheit zu treffen, damit die Gesundheit und die Persönlichkeit der arbeitenden Menschen geschützt und gleichzeitig den Betrieben ein konkurrenzfähiges wirtschaftliches Wirken ermöglicht werden²¹⁵. Wie lange darf z.B. ein zu knapper Personalbestand andauern, um Gesundheitsgefährdungen wegen Überforderung zu vermeiden? Wie viele und welche Arbeitszeitmodelle braucht es, um die Vereinbarkeit von Beruf und Familie zu ermöglichen? Welche Kosten muss ein Unternehmen in Kauf nehmen, um seinem Personal Vertrauenspersonen zur Verfügung zu stellen? Welche «incentives» sind der psychischen Gesundheit förderlich oder abträglich?
- 548 Die Ausführungen zeigen, dass Gesundheitsschutz und Wirtschaftsfreiheit **gleichwertige Grundrechte** sind, und dass Grundrechtskollisionen mit wertenden Abwägungen bewältigt werden können und müssen. Und wenn man den Blick weitert, ist zu ergänzen, dass der Schutz der Vertragsfreiheit in keinem völkerrechtlichen Vertrag ausdrücklich erwähnt ist²¹⁶, wohl aber der Schutz der Gesundheit und der Arbeitsschutz²¹⁷.

²¹⁴ Oben Rz. 370.

²¹⁵ TSCHUDI u.a., Einleitung, N 70.

²¹⁶ PÄRLI, Rz. 119, 344, 353, 543.

²¹⁷ Oben Rz. 132 ff.

§ 8 Bewertung der Konkretisierungsversuche

A. Rückblick

Am Anfang dieses zweiten Teils der Untersuchung stand die Absicht, mit einer **Konkretisierung** der heute rudimentären Rechtsnormen den Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz zu verbessern. Damit war auch die Erwartung verknüpft, den Unternehmen in der Schweiz zu mehr Klarheit und Rechtssicherheit zu verhelfen. 549

Aufgrund der Untersuchung der Ursachen und der Folgen von psychischen Belastungen am Arbeitsplatz konnte gezeigt werden, dass der Schutz vor **psychischen Gesundheitsrisiken** am Arbeitsplatz ein komplexes Thema ist; es ist aber dennoch nicht so völlig undurchschaubar, wie dies bisweilen beurteilt wird¹. Man kann nach den vorstehenden Ausführungen hingegen wohl nicht mehr sagen²: 550

It is like regulating that we should be satisfied at work and be nice to each other.

Es bestehen noch grosse **Informationsdefizite** über Faktoren und Bewältigungsmöglichkeiten psychischer Risiken am Arbeitsplatz³. Es gibt freilich klar definierbare ungünstige Arbeitsbelastungen und erprobte Präventionskonzepte und -massnahmen. Dass die Wirkungszusammenhänge schwer zu erkennen sind, liegt in der Natur der Sache. Dem muss Rechnung getragen werden: Es ist aber kein Grund, psychischen Gesundheitsschutz als undurchführbar zu erklären. Im Gegenteil: Arbeitsschutz ist gerade dann von Nöten, wenn diejenigen Arbeitsformen die grösste Verbreitung aufweisen, die für die Beschäftigten mit den grössten Nachteilen verbunden sind.⁴ 551

Auf der Grundlage heutigen Wissens konnten Vorschläge für neue Verordnungsbestimmungen formuliert werden. Darunter sind aber zugegebenermassen wenige, die ein Arbeitsinspektorat ins Dispositiv einer Verfügung aufnehmen könnte, oder auf welche Arbeitnehmende ihre Ansprüche unmittelbar stützen könnten, d.h. es liess sich **nicht** der an sich **erstrebenswerte Konkretisierungsgrad** erreichen. Dies liegt daran, dass Arbeitsplätze, Betriebsstrukturen und Bedürfnisse sehr unterschiedlich sind, es liegt aber auch daran, dass die Wirkungsverläufe unsicher sind und sich psychisch relevante Sachverhalte nicht zweifelsfrei messen lassen. 552

¹ Oben Rz. 199. ERTEL/STILIJANOW, S. 363.

² HOEL/EINARSEN, S. 37 zitieren so einen befragten Vertreter der Arbeitgeberschaft in Schweden.

³ Nämlich bei 91% der befragten Unternehmen (EU-OSHA, ESENER, S. 61).

⁴ ULICH, Arbeitspsychologie, S. 589.

- 553 Denkbar wäre jedoch, den Konkretisierungsrad für einzelne Arbeitsplätze oder Branchen aufgrund weiterer Erkenntnisse künftig noch zu erhöhen. Auch wenn noch **vermehrte Konkretisierung** in Teilbereichen machbar wäre, so bleibt doch eine gewisse Befürchtung, dass die in der Rechtsnorm vorgesehene Lösung im Einzelfall vielleicht doch nicht die beste Lösung ist⁵ – oder, noch schlimmer, gar eine gegenteilige Wirkung hat.

B. Finale oder konditionale Steuerung

- 554 Das aktuelle Arbeitsschutzrecht verfolgt zwei verschiedene Ansätze der **Steuerung** nebeneinander oder in unterschiedlichen Abstufungen⁶:
- 555 Zum einen eine **finale Programmierung**⁷, d.h. das Gesetz nennt (sinngemäss) das Ziel, dass Arbeitnehmende nicht wegen Umständen am Arbeitsplatz verunfallen oder erkranken oder in ihrer persönlichen Integrität verletzt werden⁸. Es ist dann an den Arbeitgebenden, den Weg zu diesem Ziel zu finden⁹. Dieses Modell zeichnet sich durch eine hohe Anpassungsfähigkeit aus. Es gibt den Beteiligten mehr Verantwortung bei der Ausgestaltung; die Zielerreichung ist allerdings schwer zu kontrollieren¹⁰.
- 556 Mit dem anderen Ansatz wird eine **konditionale Programmierung** der Adressaten verfolgt, d.h. Rechtssätze übernehmen das Wenn/Dann-Schema¹¹ und schreiben für bestimmte Risiken (Gefahren/Arbeitsbelastungen) bestimmte Handlungsweisen (Präventionsmassnahmen) vor¹². Solche Rechtsnormen sind wirksam, wenn Ziele und Wirkungsverläufe sicher sind¹³; sie lassen sich auch gut kontrollieren¹⁴.
- 557 Wir haben verschiedentlich gesehen, dass die **fehlende Sichtbarkeit** psychischer Vorgänge der Prävention immer wieder Grenzen setzt. Psychische Belastungen und psychische Beanspruchungen sind nur indirekt zu erkennen und müssen von den Beobachtenden interpretiert werden, wenn sich die Betroffenen nicht klar äussern (können). Dadurch werden psychische Vorgänge buchstäblich übersehen. Sie werden auch weniger ernst genommen. Wenn

⁵ ABEGG, S. 169; SEILER, Abschlussbericht, S. 1.

⁶ SCHNEIDER U., S. 100.

⁷ ERRASS, Innovationsförderung, S. 223; MASTRONARDI, S. 166; REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 171; RICHLI, S. 393.

⁸ SCHNEIDER U., S. 50.

⁹ FUNK, S. 28; HEILMANN/HAGE, S. 684; REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 171.

¹⁰ SCHNEIDER U., S. 46.

¹¹ RICHLI, S. 390; SCHNEIDER U., S. 43.

¹² MASTRONARDI, S. 165.

¹³ MASTRONARDI, S. 183 f.

¹⁴ SCHNEIDER U., S. 46.

jemand eine schwere Last zu heben hat, ist der Kraftakt von aussen ohne weiteres nachvollziehbar. Wer aber abends erschöpft ist, weil die Arbeit emotional belastend ist und er (vielmehr häufiger sie!) dauernd gestört worden ist, stösst auf weniger Verständnis. Mit konkreteren Rechtsbestimmungen kann die Wahrnehmung hoffentlich etwas verbessert werden, aber damit ist das Ziel noch nicht erreicht.

Da im psychischen Gesundheitsschutz vieles unsicher ist, kann eine konditionale Programmierung nur beschränkt zum Einsatz kommen. Die bisher verwendeten **arbeitsschutzrechtlichen Instrumente** sind mehrheitlich darauf angelegt, das Verhalten der Adressaten bei isolierten, überschaubaren Sachverhalten mit klaren Wirkungsverläufen zu steuern¹⁵. Wo diese Voraussetzungen (wie beim psychischen Gesundheitsschutz weitgehend) fehlen, können Normen aufgrund der Umstände gar nicht den erforderlichen Bestimmtheitsgrad erreichen¹⁶. Dadurch entstehen grössere Ermessensspielräume bzw. sie bleiben bestehen¹⁷. Das Ziel, Rechtssicherheit und Berechenbarkeit zu schaffen, kann nach all dem nicht im erwünschten Mass realisiert werden. Es bleibt somit nichts anderes übrig, als sich mit dieser Tatsache abzufinden oder andere Wege zu suchen.

C. Neue Rollen des Staates

Es hat sich insbesondere bei der Betrachtung der Management-Methode der ergebnisorientierten Steuerungen gezeigt, dass man die **komplexe Struktur eines Betriebes** und seine zahlreichen Anreizstrukturen mit den komplexen psychischen Strukturen einer Vielzahl von Arbeitnehmenden in Einklang bringen müsste. Es bestehen gewisse Zweifel, dass sich dies allein mit konkreteren Verordnungsbestimmungen bewerkstelligen lässt¹⁸. Denn wo soll eine bessere konditionale Steuerung ansetzen, wenn die Persönlichkeit von Vorgesetzten das Problem ist? Wertschätzung lässt sich nun einmal nicht staatlich verordnen und noch weniger kontrollieren. Aus diesen Gründen mussten die Konkretisierungsversuche vor gewissen Präventionsmassnahmen und komplexen Management-Systemen wie ergebnisorientierter Steuerung teilweise kapitulieren. Angesichts solcher Steuerungsprobleme hat das Recht allgemein einen sozialen Bedeutungsverlust hinzunehmen¹⁹.

¹⁵ ERRASS, Risiko, S. 29; KOHTE, S. 376.

¹⁶ MASTRONARDI, S. 183.

¹⁷ ERRASS, Innovationsförderung, S. 223; ERRASS, Risiko, S. 30; FUNK, S. 23.

¹⁸ MASTRONARDI, S. 182.

¹⁹ KUNZ, S. 135.

- 560 Darum taucht die berechtigte Frage auf, ob nicht überhaupt **andere Ansätze** für den arbeitsrechtlichen Gesundheitsschutz zu suchen sind, nämlich Formen der *Selbstregulierung*, mit denen der Staat ein Stück Verantwortung an die Betroffenen abgibt. Indem der Staat seine Steuerungsfunktion «enthoheitlicht», trägt er dem Subsidiaritätsgedanken vermehrt Rechnung²⁰. Vielleicht müsste der Staat seine Rolle auch im *Vollzug* anders definieren, um die verfassungsmässigen Ziele besser zu erreichen. Solche Ansätze werden in den beiden folgenden Teilen untersucht.

²⁰ HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 664; RICHLI, S. 340 f. und 437 (Daumenregel 40).

Teil 3: Selbstregulierung

§ 1 Einleitung

Ein Rückzug des Staates bei der Rechtsetzung und bei der Steuerung des Verhaltens von Normadressaten kann in verschiedenen Abstufungen erfolgen. Da Arbeitsschutz eine Staatsaufgabe ist, kommt von vornherein nur eine *teilweise* **Deregulierung** und kein vollständiger Rückzug des Staates in Betracht. Er müsste sich aber nicht mehr an Details die Zähne ausbeissen, sondern könnte vermehrt auf finale Steuerung setzen¹. Wie jeder einzelne Betrieb dieses Ziel erreicht, wäre dann seine Sache. Der Staat müsste «nur» noch die Zielerreichung überprüfen und Versäumnisse gegebenenfalls sanktionieren.

Die andere Überlegung geht dahin, dass die Konkretisierung den **Sozialpartnern** überlassen wird. Diesen hier kurz skizzierten Ansätzen wird nun in den folgenden Kapiteln nachgegangen.

Daneben sei hier noch erwähnt, dass es im Qualitätsmanagement (z.B. ISO 9001 bzw. 18001)², bei Labels³ und bei **nichtbindenden Normen** Ansätze gäbe bzw. gibt, Gesundheitsschutz in bestehende Instrumente zu integrieren. Diese sind jedoch sehr stark auf Quantifizierung und Messbarkeit ausgerichtet, was ja bei psychischen Vorgängen nur begrenzt möglich ist⁴. Auch solche freiwilligen Regeln kommen nur als *Ergänzung* der staatlichen Normen in Betracht, da diese völkerrechtliche und verfassungsrechtliche Verpflichtungen erfüllen. Es wäre aber denkbar, dass im *Vollzug* des ArGs auf solche Bemühungen von Unternehmen Rücksicht genommen wird, indem diese Betriebe weniger oder nur summarisch kontrolliert werden⁵. Allgemein bergen freiwillige Initiativen zur Wahrnehmung sozialer Verantwortung von Unternehmen eine gewisse Gefahr, rechtlich verbindliche Regelungen zu verdrängen⁶. Auf solche konzentrieren sich nun aber die folgenden Ausführungen.

¹ Oben Rz. 555.

² OPPOLZER, S. 61.

³ ERRASS, Innovationsförderung, S. 230 f. S. z.B. und Rz. 651.

⁴ FUNK, S. 140.

⁵ OPPOLZER, S. 60 f. Diesbezüglich hat die ILO aber grosser Vorbehalte: ILO, Arbeitsaufsicht, S. 80. S. auch unten Rz. 699 ff.

⁶ ZIMMER, S. 313. S.a. Rz. 591.

§ 2 Gefährdungsbeurteilung

A. Konzept

- 564 Die **Europäische Union** hat mit dem Erlass der sogenannten Rahmen-Richtlinie 89/391/EWG¹ das Gewicht stärker auf eine finale Steuerung verlagert und mit Verfahrensvorschriften kombiniert, indem die Betriebe zur Dokumentation von Gefährdungsanalysen und von getroffenen Massnahmen verpflichtet werden². Dieses System eines betriebsinternen Risikomanagements hat die Schweiz in der Folge übernommen, jedoch nur für die Unfallverhütung³. Es bleibt nun abzuklären, ob sich dieses Steuerungsmodell auch für den Schutz vor psychischen Risiken eignet. Dafür dienen die hier zusammengefassten Erfahrungen in der EU⁴.
- 565 Gemäss Art. 9 der europäischen Rahmenrichtlinie muss jeder Betrieb
- a) über eine Evaluierung der am Arbeitsplatz bestehenden Gefahren für die Sicherheit und die Gesundheit auch hinsichtlich der besonders gefährdeten Arbeitnehmergruppen verfügen;
 - b) die durchzuführenden Schutzmassnahmen und, falls notwendig, die zu verwendenden Schutzmittel festlegen;
 - c) eine Liste der Arbeitsunfälle, die einen Arbeitsunfall (sic) von mehr als drei Arbeitstagen für den Arbeitnehmer zur Folge hatten, führen;
 - d) für die zuständige Behörde im Einklang mit den nationalen Rechtsvorschriften bzw. Praktiken Berichte über die Arbeitsunfälle ausarbeiten, die die bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer erlitten haben.
- 566 Nach Abs. 2 legen die Mitgliedstaaten fest, wie diese Pflichten zu dokumentieren sind. Die behördliche **Überwachung** kann sich dann darauf beschränken, anhand der verlangten Dokumente zu kontrollieren, ob der Betrieb die Gefahren evaluiert und entsprechende Schutzmassnahmen festgelegt hat (lit. a und b), und ob die Unfallstatistiken (lit. c und d) vorliegen. Die Behörden können anhand dieser Dokumente eine betriebliche «Systemkontrolle» durchführen⁵.

¹ Oben Rz. 151 ff.

² Das Instrument der Gefährdungsbeurteilung geht auf Empfehlung Nr. 171 betreffend die betriebsärztlichen Dienste der IAO zurück. Seit 1985 verlangt Art. 5 Abs. 1 eine umfassende Beurteilung aller Gesundheitsrisiken in der Arbeitsumwelt.

³ Dies erfolgte mit der EKAS-Richtlinie 6508, Oben Rz. 57; SCHWANINGER/KRIEGER/GRAF, S. 37.

⁴ Vorliegend wird aus praktischen Gründen hauptsächlich auf die deutsche Literatur abgestellt. Eine umfassende Analyse der Erfahrungen kann hier nicht geleistet werden.

⁵ LENHARDT/ROSENBROCK, S. 327.

Diesen Dokumentationspflichten unterstehen **alle Unternehmen**, auch die Kleinstbetriebe⁶, was jedoch in der Praxis auf Widerstand stösst⁷. Es wird andererseits betont, primärer Zweck der Dokumentationspflicht sei nicht die Überwachung, sondern die eigenverantwortliche Einschätzung der betrieblichen Gefahrensituation⁸. 567

Im Übrigen enthält die Rahmen-Richtlinie aber z.T. **detailliertere Vorschriften** als die schweizerische ArGV3. Ausserdem wurde die Rahmenrichtlinie ergänzt mit 24 Einzelrichtlinien zu einzelnen Gefahren oder bestimmten Arbeitsplätzen⁹. Der Konkretisierungsgrad ist also insgesamt um einiges grösser als in der Schweiz, allerdings fehlen Bestimmungen zu psychosozialen Risiken. Die Selbstregulierung besteht faktisch im betriebsinternen Entscheid, welche Präventionsmassnahmen aufgrund der Gefährdungsbeurteilung getroffen werden. Sie bewegt sich in einem relativ eng normierten Rahmen. 568

Dazu kommt, dass einzelne Mitgliedstaaten in der **nationalen Gesetzgebung** den gemeinschaftsrechtlichen Mindeststandard z.T. noch mit zusätzlichen Normen ergänzt haben. Es fällt jedoch auf, dass in den nationalen Rechtsvorschriften jeweils nur einzelne Aspekte psychischer Belastung (meist Mobbing und/oder sexuelle Belästigung) behandelt werden. Dies ist denn auch einer der Gründe dafür, dass die erste Normierung von Mobbing (1993) in Schweden nicht die erhoffte Wirkung gezeigt hat¹⁰. Es finden sich also im europäischen Umfeld keine Vorbilder für eine umfassende rechtssatzmässige Konkretisierung des psychischen Gesundheitsschutzes¹¹, so dass dies «die Schweizer» selber «erfinden» müssen. 569

⁶ Deutschland wurde vom EuGH mit Urteil vom 7.2.2002, C-5/00 gerügt, weil § 6 Arbeitsschutzgesetz dies nur für Unternehmen mit mehr als 10 Mitarbeitenden verlangte.

⁷ WELLMANN/LEMPERT-HORSTKOTTE, S. 104. Gleiche Erfahrungen machte die Schweiz mit der EKAS-RL 6508, die 1.1.1996 in Kraft getreten war. Neuerdings wird je nach Grösse der Betriebe (ab 5 Mitarbeitenden) und nach drei Gefahrenstufen unterschieden. S. auch MÜLLER ROLAND A., Gesundheitsschutz, S. 153; LETSCH, Rz. 152.

⁸ MÜLLER-PETZER, S. 88.

⁹ Oben Rz. 151.

¹⁰ HOEL/EINARSEN, S. 36 f.

¹¹ Es wird schon als Fortschritt betrachtet, wenn nationale Vorschriften bestehen, wonach auch psychosoziale Risiken in die Gefährdungsbeurteilung einzubeziehen sind, oder Mobbing überhaupt erwähnt wird, wie z.B. in *Dänemark* (§ 7 und 9a Bekendtgørelse om arbejdets udførelse Nr. 559 vom 17.6.2004). *Belgien* hingegen kennt spezifische Verfahrensvorschriften für Mobbing, Gewalt und sexuelle Belästigung und Anforderungen an Fach- und Vertrauenspersonen (Arrêté royal du 17 mai 2007 relatif à la prévention de la charge psychosociale occasionnée par le travail dont la violence, le harcèlement moral ou sexuel au travail), und in *Italien* gibt es

B. Umsetzung im Allgemeinen

- 570 Die **Vorteile** dieses Systems ergeben sich aus folgenden Umständen: Die arbeitsrechtliche Prävention im Betrieb wird insgesamt gestärkt¹². Den Unternehmen wird eine grössere Eigenverantwortung übertragen¹³. Die Mitarbeitenden werden stärker einbezogen¹⁴ und ihre Kompetenzen besser genutzt¹⁵, so dass eine grössere Akzeptanz und stärkere Befolgung bei der Umsetzung zu erwarten ist¹⁶. Die Durchführung von Gefährdungsanalysen ermöglicht eine Sensibilisierung für Risiken und eine Systematisierung der betrieblichen Prävention¹⁷. Sie lässt sich einfach in übrige Management-Systeme insbesondere bei den nach ISO-Normen zertifizierten Betrieben einbauen¹⁸. Die betrieblichen Entscheide für das Ergreifen (oder Unterlassen) von Massnahmen werden immerhin gegenüber den im Betrieb für den Arbeitsschutz verantwortlichen Personen transparent gemacht¹⁹.
- 571 Gefährdungsbeurteilungen haben sich in der EU grundsätzlich und **weitgehend bewährt**²⁰. Dieses System setzt aber die Bereitschaft der Arbeitgebenden für Veränderungen voraus²¹. Die weitreichenden Gestaltungsspielräume würden viele Arbeitgeber aber als Freiheit zur Untätigkeit missverstehen²² und die Beteiligung der Mitarbeitenden sei in der Praxis nicht hinreichend realisiert²³. Immerhin ist Raum entstanden für innovative Ansätze der Prävention, wie das Beispiel eines Betriebes zeigt, der eine «Überlastanzeige» bei

spezifische Dokumentationsbestimmungen für Stress (Quadro normative di riferimento, finalità e struttura del documento aufgrund von art. 28 D.lgs 81/2008). In Frankreich ist am 6.8.2012 eine differenziertere Umschreibung des Persönlichkeitsschutzes im Code du travail L1152-2 in Kraft getreten. Zur Rechtslage betr. Mobbing: DEVEAUD-PLÉDRAN, S. 193 ff.; EU-PARLAMENT, S. 15 ff.

¹² MÜLLER-PETZER, S. 88.

¹³ ILO, Arbeitsaufsicht, S. 116.

¹⁴ DUNKEL u.a., S. 363; LENHARDT/ROSENBROCK, S. 330; LUDBORZS, S. 126.

¹⁵ WELLMANN/LEMPERT-HORSTKOTTE, S. 28.

¹⁶ ABEGG, S. 306; OPPOLZER, S. 56; WELLMANN/LEMPERT-HORSTKOTTE, S. 107.

¹⁷ ILO, Arbeitsaufsicht, S. 117; LETSCH, Rz. 143.

¹⁸ CHRISTOPHE ISELI, (in EKAS Mitteilungsblatt Nr. 72, Juni 2011, S. 8).

¹⁹ MÜLLER-PETZER, S. 88.

²⁰ SATZER, S. 377.

²¹ HEILMANN/HAGE, S. 681.

²² EBERHARDT, S. 6.

²³ LENHARDT/ROSENBROCK, S. 330. Die Mitwirkung bei der Gefährdungsbeurteilung musste in Deutschland mehrfach durch Gerichtsentscheide erkämpft werden, aber auch z.B. die Mitwirkung bei der Einführung eines neuen EDV-Systems oder die Ausgestaltung eines Fragebogens für eine Mitarbeitendenbefragung (Besprechung mehrerer Urteile in SCHUBERT, S. 173 ff.).

subjektiven Leistungsgrenzen eingeführt hat²⁴. Zudem erhalten die Betriebe Anregungen für Prävention allein dadurch, dass sie die Arbeitsunfähigkeitsdaten belegen müssen. Dafür stellen ihnen z.B. Krankenkassen ihre Daten zur Verfügung²⁵.

Es haben sich in der Umsetzung aber auch **Probleme** ergeben. Sie werden u.a. auf folgende Umstände zurückgeführt²⁶:

- Die Qualifizierung zur Durchführung von Gefährdungsbeurteilungen wird kaum geregelt.
- Die *Beurteilung* der Gefährdungen ist selten Bestandteil der Regelungen; Ermittlung und Beurteilung sind aber zwei Schritte, an die sich die Umsetzung anschliesst.
- Es erfolgt häufig keine Ableitung von umfassenden Massnahmen aus der Gefährdungsbeurteilung.
- Die Wirksamkeitskontrolle der abgeleiteten Massnahmen wird kaum thematisiert.
- Es fehlt oft die Dokumentation der eingesetzten Verfahren und Instrumente.
- Festgefahrene Konfliktstrukturen zwischen den betrieblichen Sozialpartnern erschweren das Verfahren der Gefährdungsbeurteilung²⁷.

In der **Praxis** sind zudem massgeschneiderte Lösungen für jeden Betrieb oder jede Branche nicht unbedingt erforderlich und gar nicht immer erwünscht. Weder Arbeitgebende noch Arbeitnehmende haben ein Interesse daran «das Rad neu zu erfinden»²⁸ und orientieren sich dann meist doch wieder an den Standards, seien diese rechtssatzmässig oder durch Normenvereinigungen vorgegeben.

C. Umsetzung bei psychosozialen Risiken

Dort, wo Gefährdungsanalysen gemacht werden, heisst das noch lange nicht, dass auch **psychische Belastungen** beachtet werden²⁹. Da in der Schweiz die von den Sozialpartnern getroffenen Branchenlösungen im Rahmen des ASA-Systems für die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten³⁰ nicht öf-

²⁴ BECKER/BRINKMANN/ENGEL, S. 82

²⁵ WELLMANN/LEMPERT-HORSTKOTTE, S. 63 f. erwähnen, dass deutsche Kassen solche Daten nach Abteilungen und *Krankheiten* differenziert liefern.

²⁶ Allgemein dazu WELLMANN/LEMPERT-HORSTKOTTE, S. 36.

²⁷ BECK u.a., S. 117.

²⁸ VEIGEL, S. 78.

²⁹ AHLERS, S. 13; BECK u.a., S. 116 ff.; SCHUBERT, S. 171.

³⁰ Oben Rz. 83 f.

fentlich zugänglich sind, ist es nicht möglich festzustellen, ob und wieweit psychische Gesundheitsrisiken in diesen Verfahren einbezogen werden.

- 575 Es stellte sich in anderen Ländern heraus, dass die Berücksichtigung psychosozialer Risiken den Betrieben **grosse Schwierigkeiten** bereitet oder von Arbeitgeberseite rundweg abgelehnt wird, obwohl entsprechende Instrumente vorhanden sind³¹. Dazu kommt, dass eine Analyse von Arbeitstätigkeiten hinsichtlich ihrer psychischen Risiken nicht so banal ist, wie es klingt, sondern sie erfordert psychologische und organisatorische Kompetenz³². Die Bewertung der einzelnen Risiken und besonders die Ableitung von Massnahmen ist ein äusserst komplexes Geschehen und bedarf interdisziplinärer Fachkompetenzen³³; die hat man freilich nicht, nur weil man die Firma kennt.
- 576 Als problematisch hat sich erwiesen, dass eine Risikoanalyse bei den häufigen Reorganisationen oft der **Entwicklung «hinterherläuft»**, daher sollte schon vor oder in Umstrukturierungsprozessen eine vorausschauende Beurteilung gemacht werden, die bereits den geplanten Zustand bewertet, so dass dieser überhaupt noch rechtzeitig beeinflusst werden kann³⁴.
- 577 Es wäre Aufgabe der Arbeitgebenden, **unvoreingenommen abzuklären**, ob die Arbeitsorganisation eine gesundheitliche Belastung darstellt, um Massnahmen dagegen treffen zu können³⁵. Diejenigen, die abklären, sind aber bei psychischen Gefährdungen bisweilen selber das Problem oder leiden aus verschiedenen Gründen an einem «blinden Fleck». Jedenfalls sind die meisten Unternehmen bei psychischen Belastungen mit Gefährdungsbeurteilungen überfordert³⁶.
- 578 Die harten Fakten für die Unfallverhütung werden besser (und lieber) wahrgenommen als die psychisch relevanten Umstände³⁷. Eine Interviewperson hat dieses Problem bezüglich der **Prioritäten** so ausgedrückt³⁸:

³¹ BECK u.a., S. 117; MEYN, S. 94 f.; WELLMANN/LEMPERT-HORSTKOTTE, S. 36.

³² Interessant ist, dass in der DDR seit den 70er-Jahren die Analyse und Bewertung *psychischer* Belastungen in die arbeitsmedizinische Betreuung der Beschäftigten integriert war. Da die BRD mit der Umsetzung der Rahmenrichtlinie im Verzug war, führte die Wende in den neuen Bundesländern diesbezüglich zu einem Rückschritt. (METZ, S. 146).

³³ LUDBORZS, S. 127.

³⁴ SATZER, S. 378. MELLOR NADINE u.a., Management Standards and work-related stress in Great Britain – Progress on their implementation, in: Safety Science 49/2011, S. 1040–1046, S. 1042 f.

³⁵ SCHNEIDER J.-A., S. 297.

³⁶ AHLERS, S. 12.

³⁷ BECK u.a., S. 117 f.

³⁸ WELLMANN/LEMPERT-HORSTKOTTE, S. 129.

Die Fachkräfte rennen (...) lieber mit einer Checkliste durch die Gegend und begeben sich auf die Suche nach irgendwelchen Gefahrstoffen (...), anstatt sich im Unternehmensmanagement (einzubringen).

Aufgrund all dieser Erfahrungen führen in **Deutschland** Gewerkschaften und Fachleute die Lücke beim Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken auf eine Regelungslücke zurück. Ohne konkretere gesetzliche Vorgaben könne nämlich mit betriebsinternen Gefährdungsbeurteilungen der Schutz bei psychisch belastenden Arbeitsbedingungen nicht sichergestellt werden³⁹. Seit auf europäischer Ebene aber verbindliche Regelungen gescheitert sind und nur die (nicht bindenden) Erklärungen der Sozialpartner «Rahmenvereinbarung über arbeitsbedingten Stress»⁴⁰ und die «Rahmenvereinbarung zu Belästigung und Gewalt am Arbeitsplatz»⁴¹ im Rahmen des «Sozialen Dialogs» gem. Art. 155 AEUV abgeschlossen werden konnten⁴², ist es an den Mitgliedstaaten, auf nationaler Ebene verbindlicher zu legislieren⁴³. 579

Auch für die **Schweiz** muss man daraus den Schluss ziehen, dass dieses Modell der Selbstregulierung nicht das «Ei des Kolumbus» zur Verbesserung des psychischen Gesundheitsschutzes sein kann. Es spricht zwar nichts dagegen, das schon für Unfallverhütung etablierte ASA-System⁴⁴ explizit mit Ermittlung und Bekämpfung psychischer Arbeitsbelastungen zu ergänzen⁴⁵; ja, gute Unfallprävention kommt eigentlich gar nicht ohne dies aus. Die Suva fordert daher schon lange «mehr Psychologie»⁴⁶ bei der Bekämpfung von Arbeitsunfällen. 580

³⁹ BECK u.a., S. 117; URBAN HANS-JÜRGEN, Vorstandsmitglied IG Metall, im Interview in: KAMP LOTHAR/PICKSHAUS KLAUS (Hrsg.), Regelungslücke psychische Belastungen schließen, Düsseldorf 2011. S. 6 f.

⁴⁰ European Social Partners, Framework agreement on work-related stress, Brussels, 8.10.2004.

⁴¹ «Framework agreement on harassment and violence at work» vom 26.4.2007 (Der englische Text ist verbindlich), enthalten in: Übermittlung der Europäischen Rahmenvereinbarung zu Belästigung und Gewalt am Arbeitsplatz an das Europäische Parlament vom 8.11.2007, KOM, 2007, 686; Erste Auswertung siehe: Implementation on the autonomous framework agreement..., Final joint report by the European Social Partners adopted at the Social Dialogue Committee, 27.10. 2011, verfügbar auf www.etuc.org; DEVEAUD-PLÉDRAN, S. 214 f.

⁴² GAGNEBIN, Rz. 50; ERTEL/STILJANOW, S. 356 f.; URBAN/PICKSHAUS/FERGEN, S. 30.

⁴³ Eine Auswertung zeigt, dass die Mitgliedstaaten die Anregungen der Rahmenvereinbarung unterschiedlich aufgenommen haben (EUROPEAN COMMISSION, Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Work-related Stress, Brussels, 24.2.2011, S. 24)

⁴⁴ Oben Rz. 84 f.

⁴⁵ Wofür KNUTTI, S. 34 plädiert.

⁴⁶ SUVA, 75 Jahre – Das Menschenmögliche, Sonderausgabe des SUVA-Bulletins, März 1993, S. 45.

- 581 Dieses Konzept mag bei Unfallgefahren und physischen Gesundheitsrisiken berechtigt sein. Bei **psychischen Belastungen** versagt es aber weitgehend, weil die ausschliessliche betriebliche Innensicht und die zu grosse Nähe der Beteiligten im Unternehmen den Blick für psychische Belastungen und fehlende Ressourcen trüben und nötige Managemententscheide wegen vieler Rücksichtnahmen gerne vertagt werden. Das Problem mangelnder Wahrnehmung, Verdrängung und Bagatellisierung von psychischen Belastungen, die trotz aktuell geringer Intensität dennoch *auf Dauer* übermässig beanspruchen, wird kaum allein durch die Methode der Gefährdungsbeurteilungen behoben. Sie könnte sogar dazu führen, dass sich Betriebe in falscher Sicherheit wiegen, oder einfach das Verfahren oberflächlich abwickeln, ohne wirklich Verbesserungen anzustreben. Überdies kommt es letztlich auch sehr auf die Überwachung durch die Vollzugsbehörden an, ob dieses System Wirkung zeigt.

§ 3 Kollektives Arbeitsrecht

A. Einleitung

Humanisierung der Arbeitsbedingungen kann nicht mit befriedigendem Erfolg über die Köpfe der Betroffenen hinweg verfügt werden. 582

Dieses Zitat des ehemaligen Bundesrates HANSPETER TSCHUDI¹ ist das Motto, um nun nach dem Beitrag **sozialpartnerschaftlicher Lösungen** zu fragen.

Während die **Schweiz** im Arbeitsschutzrecht Vorreiterin war, muss sie in Bezug auf das kollektive Arbeitsrecht als Nachzüglerin bezeichnet werden². Die Beschränkung der Vertragsfreiheit durch sogenanntes «Tarifrecht» galt lange als unvereinbar mit der liberalen Wirtschaftsordnung und fand erst 1911 (bzw. die Allgemeinverbindlicherklärung erst 1941) Eingang ins Obligationenrecht³. 583

Die Schweiz liegt hinsichtlich des gewerkschaftlichen Organisationsgrads leicht unter dem europäischen Durchschnitt, beim **Abdeckungsgrad** mit Kollektivverträgen ist dieser Abstand deutlich grösser. Hier hinkt die Schweiz mit ca. 50 Prozent Abdeckungsgrad hinter den vergleichbaren westeuropäischen Ländern hinterher⁴. Gesamtarbeitsverträge (GAV) haben sich in der Schweiz jedoch in den letzten zwei Jahrzehnten vom Auslauf- zum Zukunftsmodell gewandelt⁵. Infolge der Aufhebung des Beamtenstatus⁶ konnten zunehmend auch im öffentlichen Sektor Gesamtarbeitsverträge ausgehandelt werden⁶. Dank den flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit mit der EU konnten immer mehr Arbeitnehmende einem Gesamtarbeitsvertrag unterstellt werden⁷. Die letzte Erhebung der Gesamtarbeitsverträge in der Schweiz per 1.5.2009 verzeichnete 602 Gesamtarbeitsverträge mit normativen Bestimmungen⁸ im öffentlichen⁹ und privaten Sektor. Diese GAV betref- 584

¹ TSCHUDI, Humanisierung, S. 487.

² MAURER, 1981, S. 762; RIEGER, Rz. 20; WESEL, S. 502 und 637.

³ ABEGG, S. 72; BRUCHEZ, Art. 356 OR Rz. 13; HUG, Wirtschaftsverbände, S. 11.

⁴ RIEGER/BAUMANN, S. 178.

⁵ Der vormalige Präsident des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes Guido Richterich bezeichnete die Gesamtarbeitsverträge Mitte der 1990er-Jahre als «Auslaufmodelle».

⁶ RIEGER, Rz. 43 ff.

⁷ RIEGER/BAUMANN, S. 181.

⁸ BFS, Gesamtarbeitsverträge, S. 4. Über den effektiven Kenntnisstand und die effektive Anwendung sagen diese Zahlen jedoch nichts aus, vgl. FUMAGALLI-SENN MYRIAM, Erhebung der Gesamtarbeitsverträge in der Schweiz 2007, Neuenburg 2009, S. 15.

⁹ Zunehmend werden auch im öffentlichen Personalrecht Gesamtarbeitsverträge geschlossen. Vgl. dazu HENNEBERGER FRED/SUDJANA SARAH, Öffentlicher Dienst im

fen 1'533'100 Arbeitnehmende¹⁰. Davon unterstehen 80% einem Verbands-GAV und 20% einem Firmen-GAV einschliesslich der GAV für die öffentlichen Verwaltungen. Nur etwa ein Drittel der von einem GAV erfassten Arbeitnehmenden arbeiten im 1. oder 2. Wirtschaftssektor¹¹.

- 585 Bis heute ist das **kollektive Arbeitsrecht** im Vergleich zum Ausland relativ gering entwickelt. Soziale Korrekturen erfolgten anfänglich weniger durch Arbeitskampf als durch gesetzliche Interventionen¹². Seit dem 2. Weltkrieg ist der Ausbau von GAV aber immer mehr ein Ersatz für die Weiterentwicklung gesetzlicher Regelungen geworden¹³. Das Gesetzgebungsverfahren¹⁴ und Referendumsabstimmungen bieten den Sozialpartnern vielfältige Möglichkeiten zur Beteiligung an der staatlichen Rechtsetzung¹⁵, welche schliesslich auch zu deren Akzeptanz beitragen¹⁶. Dennoch ist die Rechtsetzung durch Gesamtarbeitsverträge eine wichtige Rechtsquelle im Arbeitsrecht¹⁷ und hat heute ihre Grundlage in Art. 356 ff. OR. Sie wird als Form der Selbstregulierung praktiziert, bevor es diesen Begriff gegeben hat.
- 586 Dürften die Sozialpartner denn überhaupt den Arbeitsschutz durch **Gesamtarbeitsverträge** regeln? Wo verläuft die Grenze zwischen staatlichem Arbeitsschutzrecht und kollektivem Arbeitsrecht¹⁸? Wie wirksam kann die Beteiligung der Vertretungen der Arbeitnehmenden beim psychischen Gesundheitsschutz tatsächlich sein?¹⁹

Wandel: Zur Entwicklung der kollektiven und individuellen Rechte und Pflichten des Bundespersonals in: ZBI 2007, S. 57 ff.

¹⁰ Bei total ca. 4,6 Mio. Erwerbstätigen im Jahr 2009 entspricht dies einem Drittel. (Zahlen gem. BA für Statistik auf www.bfs.admin.ch).

¹¹ BFS, Gesamtarbeitsverträge, S. 4.

¹² ABEGG, S. 72.

¹³ RIEGER, Rz. 20 und 60 f.

¹⁴ Oben Rz. 52. WALTHER HUG bezeichnete die Beteiligung im Vorverfahren der Gesetzgebung als «collaboration tripartite» (Wirtschaftsverbände, S. 27). HUG bemängelte aber, dass sich dadurch die Beratungen zum ArG umständlich gestaltet und über Jahrzehnte hingezogen haben. Er kritisierte auch, dass die Vorberatende Kommission (ab 1943) neben je 6 Vertretern der Arbeitgeberschaft und der Arbeitnehmer-Verbände nur je 3 Vertreter der Kantone und der Wissenschaft umfasste (S. 28–30).

¹⁵ HUG, Wirtschaftsverbände, S. 12.

¹⁶ SECO, Anhang Wegleitung Art. 2 ArGV3, S. 302-H; OPPOLZER, S. 56; REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 201.

¹⁷ HUG, Wirtschaftsverbände, S. 11.

¹⁸ BRUCHEZ, Art. 356 Rz. 70; HUG, Wirtschaftsverbände, S. 12.

¹⁹ Dazu gibt es auch international noch keine verlässlichen Studien (WALTERS, S. 603).

B. Bereich für Regelungen der Sozialpartner

Die Möglichkeit, mittels Gesamtarbeitsvertrag auch **öffentlichrechtliche Arbeitsschutzvorschriften** aufzustellen, wurde bei den Vorarbeiten zum ArG verworfen, weil dann der Staat auch die Möglichkeit haben müsste, darauf einzuwirken²⁰. Daher wurde eine Variante zum Arbeitsgesetz abgelehnt, wonach das Gesetz nur Grundsätze bezüglich Arbeitszeit aufstellt und die in der Verordnung²¹ getroffenen Sondervorschriften durch allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag ersetzt werden²². 587

In der Botschaft zum ArG schrieb der Bundesrat²³: 588

So wichtig die Gesamtarbeitsverträge für die Erhaltung des Arbeitsfriedens und für die Zusammenarbeit zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern sind, so wenig können sie einen vollständigen Ersatz für das öffentliche Arbeitsschutzrecht, das heisst für die Vorschriften bedeuten, die zur Wahrung des öffentlichen Interesses unumgänglich sind. ... Der Gesundheitsschutz, die Regelung der Höchstarbeitszeit, das Verbot der Nacht- und Sonntagsarbeit sowie vor allem der Schutz der Frauen und Jugendlichen (können) nur durch Vorschriften des öffentlichen Rechts wirksam gesichert werden.

Der Bundesrat sah auch Probleme, einen umfassenden und **dauerhaften Arbeitsschutz** zu gewährleisten²⁴. Da bei Gesamtarbeitsverträgen der Geltungsbereich zeitlich begrenzt ist, besteht nämlich die Gefahr eines vertragslosen Zustandes²⁵. Daher kann mit Gesamtarbeitsverträgen nur eine «günstigere Ordnung» geschaffen werden²⁶. Gemäss Art. 342 Abs. 1 lit. b OR gehen denn auch öffentlichrechtliche Vorschriften des Bundes den normativen Bestimmungen von Gesamtarbeitsverträgen vor. 589

Daher kann Selbstregulierung im Arbeitsschutz nach aktueller Rechtslage nur zur **Verbesserung des Mindeststandards** dienen (Art. 358 OR)²⁷. Eine Definition dieses Mindeststandards durch Sozialpartner selber wäre ohnehin abzulehnen, denn dies ist zu Recht Sache staatlicher Rechtsetzung, da öffentliche Interessen zu wahren sind²⁸. 590

²⁰ HUG, Wirtschaftsverbände, S. 25; TSCHUDI, Arbeitsrecht, S. 440.

²¹ Heute ArGV2.

²² HUG, Wirtschaftsverbände, S. 26.

²³ Botschaft ArG, BBl 1960 II, S. 915.

²⁴ Botschaft ArG, BBl 1960 II, S. 915 f.

²⁵ BRUCHEZ, Art. 356 Rz. 92; TSCHUDI u.a., Einleitung, N 26.

²⁶ Botschaft ArG, BBl 1960 II, S. 916.

²⁷ BRUCHEZ, Art. 358 Rz. 12; REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 19; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 358 OR N 6; TSCHUDI u.a., Einleitung, N 25 f.

²⁸ TSCHUDI u.a., Einleitung, N 30. So auch RIEMER-KAFKA GABRIELA, Zuschrift in NZZ vom 22.11.2011, S. 22.

- 591 Im internationalen Kontext hat sich überdies gezeigt, dass **freiwillige Verhaltenskodizes** (wie z.B. der UN Global Compact) sich negativ auf den Abschluss verbindlicher Abkommen unter den Sozialpartnern auswirken²⁹. Regelungen aus dem Bereich des «soft-law» haben zwar den Vorteil im Vergleich zum «hard-law» und Vereinbarungen der Sozialpartner, dass sie in der Regel leichter abzuschliessen und abzuändern sind³⁰. Ein grosser Mangel besteht bei solchen freiwilligen Standards aber darin, dass keine festen Sanktionsmechanismen bestehen und eine demokratische Legitimation fehlt³¹. Es besteht zudem die Gefahr, dass der Öffentlichkeit eine Verpflichtung, die ohnehin besteht, als freiwillige «Sonderleistung» verkauft wird³².

C. Verbesserung des Mindeststandards

I. Überbetriebliche Regelungen

1. Rechtliche Grundlagen

- 592 Bei Höchstarbeitszeiten und minimalen Ruhezeiten ist der **gesetzliche Mindeststandard** klar. Durch Gesamtarbeitsverträge können nur Arbeitsbedingungen vereinbart werden, welche für die Arbeitnehmenden günstiger sind (wie kürzere Arbeitszeiten, längere Erholungszeiten, umfassendere Dokumentation der Arbeitszeiten). Bei den übrigen Aspekten des psychischen Gesundheitsschutzes ist es aber nicht ganz so klar, was Mindeststandard ist, da das ArG und die ArGV3 heute vorwiegend unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten.
- 593 Könnte man somit die **Konkretisierung** dieser Bestimmungen den Sozialpartnern überlassen? Wenn und solange Gesetz und Verordnungen nicht präziser und konkreter sind, spricht nichts dagegen, dass die Sozialpartner in diesem Bereich tätig sind³³. Dies hätte den Vorteil, dass sie innovative Lösungen entwickeln und erproben können, die dann u.U. später ins öffentliche Arbeitsschutzrecht übernommen werden können. Dies war schon bei Erlass des Fabrikgesetzes der Fall³⁴:

So wird also ein eidgen. Fabrikgesetz namentlich die Wirkung haben, das Gute und Zweckmässige zu verallgemeinern. Diejenigen Fabrikanten, wel-

²⁹ FICHTER/ZEUNER, S. 347; ZIMMER, S. 313.

³⁰ ZIMMER, S. 312.

³¹ ZIMMER, S. 314.

³² ZIMMER, S. 314.

³³ DEBRUNNER/JOST/WÜTHRICH, S. 374.

³⁴ Der Bericht der nationalrätlichen Kommission vom 24. Mai 1876, zitiert in: LANDMANN, S. XXXIII.

che aus freiem Antriebe solche Einrichtungen schon getroffen haben, kann es nur freuen, wenn diese normgebend für die ganze Schweiz werden.

Aufgrund der Normenhierarchie dürfen Gesamtarbeitsverträge nur Regelungen enthalten, welche das Schutzniveau erhöhen, d.h. im Interesse der Gesunderhaltung der Arbeitnehmenden sind und die **öffentlichen Interessen** wahren. Nicht zulässig wäre es z.B., wenn ein Gesamtarbeitsvertrag eine finanzielle Abgeltung für bestehende psychische Belastungen (z.B. Arbeitsintensität, Dilemmata etc.) vorsähe, denn eine solche Vereinbarung würde zu keiner Reduktion der Arbeitsbelastungen führen. Die Arbeitnehmenden wären den Gesundheitsrisiken weiterhin ausgesetzt (lediglich gegen ein höheres Entgelt)³⁵, was nicht im öffentlichen Interesse sein kann. Ebenfalls nicht zulässig wären Modelle wie z.B. Jahresarbeitszeit einzuführen, ohne tägliche und wöchentliche Grenzen der Arbeitszeit zu respektieren³⁶. 594

Ob von den Instrumenten des kollektiven Arbeitsrechts Gebrauch gemacht wird, hängt von der Initiative der Beteiligten ab³⁷. **Gewerkschaften** konzentrierten bislang ihre Anstrengungen auf Erhalt von Arbeitsplätzen, auf angemessene Löhne und auf Verkürzung der Arbeitszeit. Dennoch konnten Anliegen des psychischen Gesundheitsschutzes bzw. der Humanisierung durch Gesamtarbeitsverträge realisiert werden, wie z.B. ein Verbot der Akkordarbeit in einzelnen Branchen, Erweiterung von Erholungs- und Ferienzeiten, Frühpensionierungen³⁸. Übrige Arbeitsbelastungen oder fehlende personale oder soziale Ressourcen werden kaum thematisiert, wie der nachfolgende Überblick zeigt. Schweizerische Gewerkschaften haben zudem beim Thema Mitbestimmung das «Terrain weitgehend freigegeben»³⁹. In Spanien beispielsweise ist es hingegen trotz ebenfalls geringem Organisationsgrad gelun- 595

³⁵ Zu Recht wurde ein solcher Vorschlag in Deutschland abgelehnt (Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände BDA, Position der Arbeitgeber zur Bedeutung psychischer Belastungen bei der Arbeit, 2. Auflage, 2005); VON TROTHA, S. 284 FN 844.

³⁶ PORTMANN WOLFGANG, Die Arbeitsbedingungen der Bankangestellten, in: Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift Dieter Zobl, Zürich 2004, S. 585.

³⁷ TSCHUDI, Sozialpartnerschaft, S. 40 f.

³⁸ TSCHUDI, Humanisierung, S. 477; JAR 2011, S. 91. Einen internationalen Überblick vermittelt: ARRIGO GIANNI/CASALE GIUSEPPE, A comparative overview of terms and notions on employee participation; International Labour Office (Hrsg.), Genf 2010 (auch auf www.ilo.org).

³⁹ SCHÖNI WALTER, Humane Arbeit oder optimiertes Personal? Arbeitspolitische Prioritäten gegen die Marktanbindung der Arbeitskraft, in: Widerspruch, Heft 50 2006, S. 63.

gen, Gewerkschaften in einem «Aktionsplan» für psychosoziale Risiken zu sensibilisieren und für die Gefährdungsbeurteilungen zu schulen⁴⁰.

2. Übersicht über aktuelle GAV-Regelungen

- 596 Gemäss der bisher einzigen Untersuchung von JEAN-FRITZ STÖCKLI über Inhalte von Gesamtarbeitsverträgen in der Schweiz von 1990 wird zwar in etwa 25% aller GAV die Gesundheitsvorsorge erwähnt⁴¹. Die Bestimmungen **wiederholen** jedoch meist nur die gesetzliche Pflicht. Sie gehen nur ganz selten auf spezifische Gesundheitsgefahren ein und geben den Arbeitnehmenden kaum konkrete einklagbare Ansprüche, welche über die gesetzlichen Ansprüche und Anspruchsvoraussetzungen hinausgehen. Einzig in einem Firmenvertrag der chemischen Industrie heisst es: «Bei Arbeiten, die mit ausserordentlichen gesundheitsschädlichen Gefahren verbunden sind, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf mindestens vierteljährliche Ablösung.»⁴². Fast alle GAV enthalten Bestimmungen über die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit und etwa die Hälfte über die Einteilung der Arbeitszeit⁴³; Bestimmungen über Kontrollen der Arbeitszeiten hingegen sind nur in ungefähr 33% aller GAV enthalten und konkrete Regelungen zur Zeiterfassung und -kontrolle finden sich gar nur in 6% der Verträge⁴⁴.
- 597 Bei den heute in der **Datenbank** der Gewerkschaft Unia erfassten 191 Gesamtarbeitsverträgen⁴⁵ wird Gesundheitsvorsorge nur in 73 GAV (38%) erwähnt, wobei in vielen GAV die Gesundheitsvorsorge nur allgemein oder als Wiederholung der gesetzlichen Grundsätze aufgeführt wird. In 7 GAV (3,6%) wird explizit auf eine Branchenlösung im Sinne der EKAS-Richtlinie⁴⁶ verwiesen. Branchenspezifische Vorschriften und Schutz vor Überanstrengung finden sich nur in *einem* GAV⁴⁷. Immerhin 13 Gesamtarbeitsverträge auferle-

⁴⁰ MEYN, S. 98 ff.

⁴¹ STÖCKLI, S. 257 ff.

⁴² STÖCKLI, S. 259 FN 10.

⁴³ STÖCKLI, S. 304.

⁴⁴ Z.B. L-GAV Gastgewerbe Art. 21: «Kommt der Arbeitgeber seiner Beweisführungspflicht nicht nach, wird eine Arbeitszeitkontrolle des Mitarbeiters im Streitfall als Beweismittel zugelassen.» Dazu auch MÜLLER/OECHSLE, S. 849; STÖCKLI, S. 307 und 310.

⁴⁵ www.gav-service.ch (Abfrage vom 9.10.12).

⁴⁶ Oben Rz. 57 und 83 f.

⁴⁷ GAV für den industriellen Rohrleitungsbau für den Kanton Wallis Art. 14 «...Arbeitgeber verpflichtet, sämtliche Massnahmen zu ergreifen, welche erfahrungshalber notwendig und technisch möglich sind, besonders bei der *Reinigung und der Heizung*. Der Arbeitgeber muss im besonderen die Installationen und den Arbeitsablauf so einrichten, dass die Arbeitnehmenden vor Unfällen, Krankheiten und *Überanstrengungen* bewahrt werden.» (Hervorhebungen durch Verf.).

gen den Arbeitgebenden die Pflicht, Arbeitsabläufe zweckmässig zu organisieren⁴⁸, um Überbeanspruchungen zu vermeiden. Schutz vor Persönlichkeitsverletzungen werden nur in 6,8% und Mobbing in 8,4% der GAV erwähnt, während der Schutz vor Diskriminierungen (19%) und sexueller Belästigung (21%) etwas häufiger aufgeführt werden.

Auch eine summarische Durchsicht von **übrigen publizierten Gesamtarbeitsverträgen**⁴⁹ bestätigt dieses Bild. Wenn überhaupt, wird die Gesundheitsvorsorge, wie auch Unfallverhütung nur allgemein als Pflicht der Arbeitgebenden und z.T. auch unter den Pflichten der Arbeitnehmenden erwähnt. Konkrete branchenspezifische Massnahmen⁵⁰ oder persönliche Präventionsmassnahmen⁵¹ sind kaum zu finden und beziehen sich auf physische Risiken. Der Schutz der Persönlichkeit⁵² taucht nur vereinzelt auf. Deklarationen, dass Geschlechterdiskriminierungen verpönt sind, finden sich verschiedentlich. Nur sporadisch begegnet man Bestimmungen zum Schutz vor Diskriminierungen aus anderen Gründen⁵³. 598

Dieser knappe Überblick zeigt, dass **konkrete Massnahmen** zum Schutz der Gesundheit an den spezifischen Arbeitsplätzen sich nur **selten** in den Gesamtarbeitsverträgen niederschlagen. Die Gewerkschaften scheinen hier das Feld den ASA-Branchenlösungen⁵⁴ zu überlassen, welche sich aber mit Unfallverhütung und nicht spezifisch mit psychosozialen Risiken befassen. Dadurch werden Gesamtarbeitsverträge heute praktisch (noch) nicht als Instrumente zum Schutz vor psychischen Gesundheitsgefahren genutzt⁵⁵. 599

Wie die Abklärungen ergeben, ist die «Innovationskraft» der GAV ausgerechnet im Bereich des Gesundheitsschutzes eher bescheiden⁵⁶. Es bestünde aber noch ein **grosses Potential** zu branchen- oder tätigkeitsspezifischen 600

⁴⁸ GAV für das Metallgewerbe Baselland Art. 22 und Regionaler GAV für das Gärtnergewerbe in den Kantonen BS und BL Art. 18.

⁴⁹ Die allgemeinverbindlich erklärten GAV sind zu finden unter: www.seco.admin.ch > Themen > Arbeit > Arbeitsrecht > Gesamtarbeitsverträge.

⁵⁰ Z.B. GAV für das Kaminfegergewerbe des Kantons Luzern Ziff. 14 (Heizbarer Raum zum Umkleiden, Waschen und Duschen, Hautschutz, Atemschutz).

⁵¹ Z.B. Die Bestimmung im GAV für die Grüne Branche (Ziff. 29.2): «Der Arbeitnehmer ... unterlässt das Rauchen auf Weisung des Arbeitgebers auf der Arbeitsstelle» erscheint besonders speziell in Anbetracht der Tatsache, dass sich in dieser Branche viele Arbeitsplätze im Freien befinden dürften.

⁵² Z.B. GAV Drogerien Art. 21.

⁵³ PÄRLI KURT/CAPLAZI ANDREA/SUTER CAROLINE, Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis, Bern 2007, S. 163 ff.

⁵⁴ Oben Rz. 57 und 83 f.

⁵⁵ Wie dies LETSCH in Rz. 179 postuliert.

⁵⁶ S. auch: RIEMER-KAFKA GABRIELA, Innovationskraft der GAV für Gleichstellung und soziale Sicherheit, in: ARV 2012, S. 110–119, S. 118.

Konkretisierungen, um das Schutzniveau zu erhöhen und Anforderungen an den Gesundheitsschutz überprüfbarer zu machen. Zu denken ist da z.B. an die Festsetzung von Grenz- bzw. Richtwerten für bestimmte Arbeitstätigkeiten zur Konkretisierung von Über- und Unterforderung⁵⁷, an zusätzlichen Erholungszeiten bei kognitiv und emotional anforderungsreichen Tätigkeiten⁵⁸ oder Regelungen bezüglich Arbeitszeitkontrolle⁵⁹.

II. Betriebliche Regelungen

- 601 Die Umsetzung des Gesundheitsschutzes ist eine **Gemeinschaftsaufgabe**⁶⁰ der Unternehmensführung und der Mitarbeitenden gemäss Art. 6 Abs. 3 ArG. Auf der Basis von Gesetz und Gesamtarbeitsverträgen bietet sich dadurch Raum für die Gestaltung möglichst individueller Arbeitsverhältnisse⁶¹. Mit Betriebsordnungen⁶² besteht auch ein formales Gefäss für solche betriebsinternen Regelungen⁶³. Sie können aber auch als Betriebsreglement formuliert werden⁶⁴.
- 602 Die Beteiligung der Arbeiterschaft beim öffentlichen Arbeitsschutz hat tiefe **historische Wurzeln**. Das Fabrikgesetz von 1877 enthielt schon eine Bestimmung über die Befragung der Arbeiter zu Fabrikordnungen (Art. 12)⁶⁵. Das KUVG von 1911 sah in Art. 47 eine Anhörung der grossen Berufsverbände bei der Prämienfestsetzung für die Unfallversicherung (lit. a. und b.) und bei «Anordnungen über die Unfallverhütung» (lit. c.) vor⁶⁶. Erst mit dem ArG ist dann eine allgemeine Mitwirkung der Arbeitnehmenden bei der Gesundheitsvorsorge eingeführt worden⁶⁷, und später sind analoge Bestimmungen ins UVG übernommen worden.
- 603 Mit Erlass des **Mitwirkungsgesetzes** sollte eine Grundlage für betriebliche Regelungen geschaffen werden, welche als «dritte Säule»⁶⁸ neben die arbeits-

⁵⁷ Oben Rz. 305.

⁵⁸ Oben Rz. 310.

⁵⁹ S. Rz. 596 FN 44.

⁶⁰ BEER, SJZ 1984, S. 92.

⁶¹ TSCHUDI, Humanisierung, S. 489.

⁶² Diese sind für industrielle Betriebe obligatorisch (Art. 37 Abs. 1 ArG) und müssen Bestimmungen über den Gesundheitsschutz enthalten (Art. 38 Abs. 1 ArG), für andere Betriebe sind Betriebsordnungen freiwillig (Art. 37 Abs. 3 ArG).

⁶³ So auch LETSCH, Rz. 170.

⁶⁴ SECO, Anhang Wegleitung Art. 2 ArGV3, S. 302- H.

⁶⁵ Botschaft Revision FabrikG, BBl 1910, S. 598.

⁶⁶ BBl 1911 III, S. 522 ff.

⁶⁷ Damals Art. 5 Abs. 3 des Entwurfes (Botschaft ArG, BBl 1960 II, S. 962).

⁶⁸ MÜLLER ROLAND A., Gesundheitsschutz, S. 165.

gesetzlichen Vorschriften und die Unfallverhütungsvorschriften treten sollten. Art. 5 und 6 ArGV3 sind Anwendungsfälle des Mitwirkungsgesetzes⁶⁹. Danach sind die Arbeitnehmenden über alle geplanten betrieblichen Massnahmen zu informieren, die Auswirkungen auf die Gesundheitsvorsorge haben können. Sie sind auch über «alle Fragen, welche die Gesundheitsvorsorge betreffen», frühzeitig und umfassend anzuhören und sie haben das Recht Vorschläge zu unterbreiten⁷⁰. Gem. Art. 48 Abs. 2 ArG haben die Arbeitnehmenden einen Anspruch «auf Anhörung und Beratung», was bedeutet, Probleme gemeinsam zu erörtern, «bevor der Arbeitgeber einen Entscheid trifft»⁷¹.

Diese Bestimmungen können grossen Einfluss auf den Schutz vor **psychischen Gesundheitsrisiken** haben, sofern den Arbeitnehmenden diese Mitwirkungsrechte überhaupt bekannt sind⁷². Eine grosse Zahl psychischer Risiken liegt in den Arbeitsaufgaben und in der Arbeitsorganisation (Art. 2 Abs. 1 lit. c und d ArGV3)⁷³. Dies wären also «Fragen des Gesundheitsschutzes» (Art. 10 Abs. 1 MWG)⁷⁴. Aber welche Belegschaft oder welche Arbeitnehmenden haben sich in einem Schweizer Unternehmen zu Umstrukturierungen, zur Einführung oder Modifikation von neuen Management-Methoden äussern können?

Ob Mitwirkung der Arbeitnehmenden die Bewältigung psychischer Risiken verbessern kann, ist immer vom **Fachwissen** und von der Bereitschaft und Einsichtsfähigkeit der Arbeitgebenden abhängig⁷⁵. Der Schweizerische Arbeitgeberverband gab aber zu bedenken, dass Arbeitgebenden die nötigen Fachkenntnisse für einen wirksamen Gesundheitsschutz fehlen⁷⁶. Die ESENER-Studie hat freilich bestätigt, dass die Betriebe mit Arbeitnehmervertretung sich mehr um psychosoziale Risiken kümmern als andere, und dass bei diesen Betrieben auch eine breitere Palette von Massnahmen ergriffen wur-

⁶⁹ LETSCH, Rz. 168; SCHEIDEGGER/PITTELOU, Art. 6 ArG N 28.

⁷⁰ HINDERMANN WALTER E., Leitfaden zum Arbeitsgesetz, Zürich 1966, S. 56; PORTMANN, Stresshaftung, S. 13.

⁷¹ SECO, Wegleitung, Art. 6 ArGV3, S. 306–1; LETSCH, Rz. 168; MÜLLER ROLAND A., Gesundheitsschutz, S. 167 ff.

⁷² KNUTTI, S. 34 fordert, dass die Vollzugsorgane zu entsprechender Information der Belegschaften verpflichtet werden sollten, weil das Wissen um diese Rechte so wenig verbreitet ist.

⁷³ Dazu oben Rz. 302 ff.

⁷⁴ MÜLLER ROLAND A., Gesundheitsschutz, S. 175; PORTMANN, Stresshaftung, S. 13.

⁷⁵ HEILMANN/HAGE, S. 688; WALTERS, S. 601.

⁷⁶ SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND, S. 15: «Für die Arbeitgeberschaft, die ja mehrheitlich in Klein- und Kleinstunternehmungen organisiert ist, wird es fast unmöglich, diese stark akademisch orientierten Forschungserkenntnisse zu erfassen und praktisch einzuordnen».

de⁷⁷. Dazu braucht es aber auch eine gute fachliche Weiterbildung und genügend zeitliche und sonstige Ressourcen⁷⁸. In der Schweiz gibt es aber keine gesetzlichen Grundlagen zur Gewährung von Ausbildungen im Gesundheitsschutz, sei es für die Betriebsangehörigen⁷⁹ oder für Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitnehmenden⁸⁰. Lediglich die Wegleitung enthält eine *Empfehlung* für «Schulung auf allen hierarchischen Stufen»⁸¹. Zudem liegt die Schweiz am unteren Ende der europäischen Skala was betriebliche Arbeitnehmendenvertretung anbelangt⁸². Sie nimmt hingegen einen Spitzenrang innerhalb Europas ein im Hinblick auf Autonomie und Partizipation der *einzelnen* Mitarbeitenden bei der Gestaltung der Arbeitsaufgabe und der Einteilung der Arbeitszeit⁸³.

- 606 Man muss sich aber fragen, ob ein solcher Einbezug der Mitarbeitenden (durch ihre Vertretung oder direkt) immer den beabsichtigten Effekt einer **Verbesserung des Gesundheitsschutzes** hat⁸⁴. Arbeitnehmenden geht gerade bei monetären Anreizstrukturen und bei der Gewährung von (vermeintlichen) Freiheiten eine Langzeitperspektive für ihre (insbesondere psychische) Gesundheit ab, so dass Gefahr besteht, dass die öffentlichen Interessen des Arbeitsschutzes missachtet werden⁸⁵.

Wenn die Gesundheit der Arbeitnehmer und der Erfolg des Unternehmens gleichzeitig auf dem Spiel stehen, gibt es keine Tabus mehr⁸⁶.

- 607 In Betrieben mit **ergebnisorientierter Steuerung**⁸⁷ haben Gewerkschaften kaum noch Ansatzpunkte für die Verbesserung der Arbeitsbedingungen, da

⁷⁷ EU-OSHA, ESENER, S. 77 ff.

⁷⁸ EU-OSHA, ESENER, S. 79 f. und 83; WALTERS, S. 602.

⁷⁹ Art. 7 Abs. 2 ArGV3 verpflichtet die Arbeitgebenden nur zu Aus- und Weiterbildung der Arbeitnehmenden, welche *sie* mit Aufgaben der Gesundheitsvorsorge betrauen.

⁸⁰ Das war einer der Schwachpunkte im Hinblick auf eine Ratifikation des IAO-Übereinkommens Nr. 155 (BBl 1983 I, S. 43 und 47 f.). Der Missstand ist auch durch das Mitwirkungsgesetz MWG vom 17.12.1993 nicht behoben worden. Ein Revisionsvorschlag sieht nun jedoch eine entsprechende Ergänzung von Art. 8a und 11 vor. Siehe: FURER HANS, Ein Vorschlag, in: Ehrenzeller Bernhard u.a. (Hrsg.), Die Mitwirkung in den Betrieben, St. Gallen 2009, S. 149–175, S. 160 und 166.

⁸¹ SECO, Wegleitung zur ArGV3, S. 302-2.

⁸² EU-OSHA, ESENER, S. 66 ff. In nur 33% der Unternehmen in der Schweiz, bei denen ein Interview auf Führungsebene stattgefunden hat, gibt es eine für Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz zuständige Arbeitnehmervertretung.

⁸³ DORSEMAGEN u.a., S. 37 ff.; GRAF u.a., S. 25 und 38.

⁸⁴ AHLERS, S. 23; DUNKEL u.a., S. 363; WELLMANN/LEMPERT-HORSTKOTTE, S. 28.

⁸⁵ AHLERS, S. 22; HEILMANN/HAGE, S. 684.

⁸⁶ MATTEOLI JEAN, zitiert in EHRENBERG, S. 412.

⁸⁷ S. oben Rz. 358 ff.

ihnen die Arbeitgebenden entgegenhalten, ihre Mitarbeitenden seien ja frei, Arbeitstempo und Arbeitsintensität selbst zu bestimmen⁸⁸.

Müssen Arbeitnehmenden-Vertretungen **Vollzugsaufgaben** wahrnehmen, 608
kommen sie bei zwischenmenschlichen Konflikten in ein Dilemma, wenn alle Beteiligten Gewerkschaftsmitglieder sind⁸⁹. Als Gegenmittel kommen wiederum nur konkretere Rechtsgrundlagen und ein Einbezug der aussenstehenden Vollzugsbehörden in Betracht, sofern sie das nötige Fachwissen einbringen.

D. Bewertung

Gesamtarbeitsverträge und die wenig bekannten betrieblichen Mitwirkungsrechte bieten ein **rechtliches Gefäss zur Konkretisierung** und zum Ausbau des arbeitsgesetzlichen Schutzes vor psychosozialen Risiken über einen (durch den Verordnungsgeber noch zu präzisierenden) Mindeststandard hinaus. Einzelne Ansätze solcher Selbstregulierungen finden sich denn auch in wenigen Gesamtarbeitsverträgen. Es bestünde freilich noch ein grösseres Potential für ergänzende Vereinbarungen bezüglich psychischer Gesundheitskrisen. 609

Auch wenn die Sozialpartner nur über den gesetzlichen Mindeststandard hinaus im Gesundheitsschutz Recht setzen dürfen, bleiben dabei die **Nachteile** jeder Selbstregulierung, nämlich die mangelnde demokratische Legitimation und eine Rechtszersplitterung⁹⁰. Gesamtarbeitsverträge haben nur eine beschränkte Abdeckung. Für betriebliche Mitwirkung im psychischen Gesundheitsschutz wären klare Rahmenbedingungen und Fachwissen erforderlich, damit die öffentlichen Interessen des Arbeitsschutzes nicht aufgeweicht oder gar missachtet werden. Forderungen nach Deregulierung verkennen, dass das komplexe Gebiet des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz, «wie das Klavier spielen, zunächst einmal erlernt werden will»⁹¹. 610

Das Motiv zum Erlass öffentlich-rechtlicher Arbeitsschutzvorschriften liegt in erster Linie beim **amtlichen Vollzug**. Bei arbeitsvertraglichen Regelungen, betriebsinterner Selbstregulierung und selbst bei Gesamtarbeitsverträgen ist die Durchsetzung nämlich keineswegs gewährleistet⁹². Die einzelnen Arbeit- 611

⁸⁸ DORSEMAGEN u.a., S. 16; TIESTE, Überarbeitung, S. 112.

⁸⁹ HOEL/EINARSEN, S. 40.

⁹⁰ HUG, Wirtschaftsverbände, S. 13.

⁹¹ GIESEN, T., Die Aufgaben der Arbeitsmedizin im Arbeitsschutz – Fragen und Antworten zur aktuellen Rechtslage, in: Zentralblatt für Arbeitsmedizin, Arbeitsschutz und Ergonomie, Bd. 58, Heft 2/2008, 34–47, S. 35 f.

⁹² TSCHUDI u.a., Einleitung, N 46.

nehmenden befinden sich oft in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Unternehmen und verzichten auf die zivilrechtliche Geltendmachung ihrer Rechte. Nicht selten fehlen ihnen auch die erforderlichen Rechtskenntnisse dazu.

- ⁶¹² **Vollzugsmängel** sind aber aus rechtsstaatlicher Sicht problematisch⁹³. Wie eingangs schon erwähnt, mangelt es heute an der amtlichen Durchsetzung des Schutzes vor psychischen Gesundheitsrisiken. Den Gründen dafür und den Verbesserungsmöglichkeiten beim Vollzug geht der nächste Teil der Untersuchung nach.

⁹³ BAEHR, S. 99 ff.

Teil 4: Vollzug des Arbeitsgesetzes

Das Rechtsstaatsprinzip (Art. 5 BV) verpflichtet dazu, dem Recht auch zu tatsächlicher **Wirksamkeit** zu verhelfen¹. Eine Rechtsnorm ist nur wirksam, wenn sie befolgt und durchgesetzt wird². Verbesserungen im Vollzug sind daher aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit geboten.

Verbesserungen beim Vollzug des ArGs können einesteils bei den *äusseren Rahmenbedingungen* der Arbeitsinspektion, andernteils aber auch beim *Selbstverständnis* und den Handlungsweisen der Akteure gesucht werden. Beides sind Umstände, die sich nicht nur beim psychischen Gesundheitsschutz auswirken, hier aber erst deutlich in Erscheinung treten und Veränderungen unabdingbar machen³. Da die institutionellen Probleme offensichtlich sind, beginnen wir mit diesem Aspekt.

§ 1 Organisation

A. Risikounabhängige Zuständigkeit

Das erste strukturelle Problem liegt schon darin begründet, dass der Vollzug zwischen Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (UVG) einerseits organisatorisch abgespalten ist vom Vollzug des ArGs und unterschiedliche Organe (Suva, Arbeitsinspektorate) zuständig sind⁴. Dieser **Dualismus bei der Aufsicht** zwischen den Organen des ArGs und des UVGs wird schon lange als problematisch beurteilt⁵. Es liegt auf der Hand, dass diese Strukturen eine «ganzheitliche Problemsicht» behindern⁶. Die Zersplitterung des

¹ BAEHR, S. 100.

² NOLL, S. 55; REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 115.

³ Der Bundesrat hat denn auch einen Bericht darüber versprochen (S. oben Rz. 161).

⁴ Oben Rz. 67 ff.

⁵ AUBRY GIRARDIN, Rz. 191 f.; BYRNE-SUTTON, S. 95; SCHEIDEGGER, S. 73 f.; SONNENBERG, S. 185 f.; TSCHUDI, Humanisierung, S. 483; TSCHUDI, Sozialpartnerschaft, S. 43.

⁶ An der Tagung «Arbeitsinspektion wohin?» 1994 wurden gegenüber dem damaligen Status quo noch 6 Zukunftsmodelle (Kantonsmonopol, Bundesmonopol, SUVA-Monopol, Stiftung à la bfu, Kooperation, Kooperation integral) diskutiert (vgl. WÜTHRICH, SUVA, S. 104 ff.). WÜTHRICH, EKAS, S. 6.

Vollzugs kann zu positiven und negativen Kompetenzkonflikten führen⁷. Diese Mängel der Gesetzeslage versuchen die kantonalen Behörden notdürftig durch gegenseitige Absprachen zu heilen⁸.

- 616 Es ist schwierig, die **Grenze** zu ziehen, was der Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten dient, und was zum übrigen Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmenden erforderlich ist. Je nach Intensität einer Gefährdung betrifft es den Schutz vor Berufskrankheit (UVG) oder den allgemeinen Gesundheitsschutz der Arbeitnehmenden (ArG). So ist z.B. Lärm grundsätzlich eine physische und psychische Arbeitsbelastung, die von den ArG-Behörden zu kontrollieren ist (Art. 22 ArGV3). Aber eine Exposition von mehr als 85dB während 8 Stunden⁹ ist ein Risiko für eine Berufskrankheit und somit von den UVG-Organen zu überwachen¹⁰. Der UVG-Vollzug und die Überwachung des ArGs sind zwei Bereiche, die sich inhaltlich überlappen. Das führt dazu, dass es selbst für die Vollzugsbehörden bisweilen schwierig ist, ihren Zuständigkeitsbereich zu erkennen¹¹.
- 617 Unfallprävention kann zudem nicht unter Ausklammerung von **psychischen Belastungen** betrieben werden¹². Arbeitsintensität und Zeitdruck können nämlich ebenso die Ursache für Stolperunfälle sein, wie der Kabelsalat vor dem Bürotisch oder mit Material überstellte Korridore¹³. Da zum Teil dieselbe Behörde sowohl für Unfallprävention als auch für die Einhaltung der allgemeinen Gesundheitsprävention (inkl. psychische Belastungen) verantwortlich ist¹⁴, fragt es sich, ob alle Risiken dieselbe Aufmerksamkeit erhalten. Es ist zu befürchten, dass die psychischen Belastungen am Arbeitsplatz häufig «übersehen» werden, zumal man sie ja tatsächlich nicht sieht. Psychische Arbeitsbelastungen sind schwierig zu erfassen und ihr Schadenspotential wird wohl i.d.R. unterschätzt¹⁵.

⁷ AUBRY GIRARDIN, Rz. 766; TSCHUDI, Prävention, S. 306; TSCHUDI, Sozialpartnerschaft, S. 43; VOEGELI, S. 310; WÜTHRICH, EKAS, S. 6.

⁸ Oben Rz. 80 ff.; AUBRY GIRARDIN, Rz. 192 FN 131; BYRNE-SUTTON, S. 94; SONNENBERG, S. 186.

⁹ Grenzwerte für Lärm am Arbeitsplatz auf www.suva.ch/home/suvapro > Branchen und Themen > Übergeordnete Themen und Berufskrankheiten > Schutz des Gehörs.

¹⁰ AUBRY GIRARDIN, Rz. 192; SONNENBERG, S. 184, VOEGELI, S. 302; BGer vom 11.2.2002, U 231/02, E. 5.4, wonach einer Frau, die im Catering am Flughafen angestellt war, Leistungen für Schwerhörigkeit verweigert wurden, weil sie während 11 Jahren nur 83dB ausgesetzt gewesen war.

¹¹ AUBRY GIRARDIN, Rz. 192; BYRNE-SUTTON, S. 96; SONNENBERG, S. 171.

¹² PORTUNÉ, S. 242.

¹³ Beispiel gemäss HEINZ ROTH in EKAS Mitteilungsblatt Nr. 72, Juni 2011, S. 22 f.

¹⁴ Oben Rz. 73 und 75.

¹⁵ S. oben Rz. 519.

Eine **organisatorische Vereinheitlichung** hinzukriegen, ist ein schwieriges 618
Unterfangen, denn es sind Suva, Bund und 26 Kantone betroffen. Darüber
brüten Viele seit Jahrzehnten, und es kann hier nicht der Ort für die Präsen-
tation einer Patentlösung sein¹⁶, zumal demnächst Ergebnisse des Projekts «Ver-
ordnungs- und Vollzugsoptimierung ArG/UVG» vorgestellt werden sollen¹⁷.
Es ist zu hoffen, dass Mut zu zielführenden Lösungen aus der Einsicht er-
wächst, dass sich psychische Arbeitsbelastungen auf Unfälle *und* somatische
Erkrankungen auswirken¹⁸. Wenn man die Prävention in Unternehmen als
Steuerung eines komplexen Systems begreift, sollte dies eine Entsprechung in
den Strukturen der Überwachungsbehörden finden¹⁹. Wie auch immer die
Organisationsstrukturen sind, entscheidend ist, dass das Fachwissen bezüglich
psychischer Zusammenhänge überall dort vorhanden ist, wo es für einen um-
fassenden Vollzug des Arbeitsschutzes nötig ist.

B. Zentralisierung /Dezentralisierung

Mit sachgerechtem Vollzug und der Verfügbarkeit des Fachwissens über den 619
Schutz vor psychischen Risiken hat auch die Frage zu tun, ob eine zentralisierte oder dezentralisierte **Organisation** der Durchführungsbehörden mehr
Wirksamkeit verspricht.

Die Unterstellung des Aufsichtssystems unter eine **zentrale Behörde** erleich- 620
tert die Festlegung und Durchführung von Massnahmen und stellt eine ein-
heitliche landesweite Einhaltung von Vorschriften sicher²⁰. Die Fachkunde
und eine gleich starke Berücksichtigung *aller* Gesundheitsrisiken am Arbeits-
platz sind durch eine zentrale Behörde mit allenfalls lokalen Ablegern besser
gewährleistet²¹.

Fehlt ein **einheitlicher Vollzug**, macht dies den Arbeitsschutz als Ganzes 621
unglaublich. Grössere Unternehmen, ja gar Weltkonzerne, mit Niederlas-
sungen in verschiedenen Kantonen sollen sich – gerade wenn es um psychi-

¹⁶ Siehe dazu insbesondere die Dissertation von CAROLE SONNENBERG, welche auch die historischen Hintergründe des Dualismus aufzeigt.

¹⁷ EKAS, Jahresbericht 2011, S. 18.

¹⁸ Auch wenn einiges dafür spricht, die gesamte Aufsicht bei der Suva zu konzentrieren, ist doch zu bedenken, dass die Aufsicht durch Versicherer meist von versicherungsseitigen Kriterien diktiert wird, was zu sachfremden Ergebnissen führen kann (SCHEIDEGGER, S. 75).

¹⁹ Um die psychischen Risiken besser in den Vollzug einzubeziehen hat auch Schweden im Jahr 2000 bestehende Behörden zusammengefasst (SCHUBERT, S. 80).

²⁰ ILO, Arbeitsaufsicht, S. 70, auch BYRNE-SUTTON, S. 93 und 97; WÜTHRICH, SUVA, S. 100.

²¹ AUBRY GIRARDIN, Rz. 772; WÜTHRICH, SUVA, S. 101.

sche Belastungen geht – nicht (wie heute) unterschiedlichen Behörden und Vorgehensweisen gegenüber sehen²². Im Leitfall 1 wurde z.B. von der Treuhandfirma, welche nach Wahrnehmung des kantonalen Verwaltungsgerichts das Verfahren zum Kreuzzug für Arbeitgeberanliegen umgestaltet hatte²³, ins Feld geführt, dass die Kantone beim Beizug von Vertrauenspersonen eine unterschiedliche Praxis üben und eine externe Vertrauensperson demzufolge nicht erforderlich sei²⁴. Tatsächlich überlässt das ArG den Kantonen einen relativ grossen Spielraum für die Ausgestaltung des Vollzuges²⁵, was zu solch ungünstigen Effekten führt.

- 622 Für die **Beibehaltung der Dezentralisierung** mit kantonalen Aufsichtsbehörden könnte allenfalls die Nähe zu den Betrieben und zu den Arbeitnehmenden sprechen²⁶. Zu viel Nähe kann sich allerdings auch als Nachteil erweisen. Eine kantonale Behörde hat möglicherweise eine gewisse «Beiss-hemmung» gegenüber einem für die Region bedeutenden Unternehmen. Erstaunlicherweise verzeichnet die IAO jedoch einen Trend zu Dezentralisierung von Aufsichtsbehörden²⁷. Die Erfahrungen in der Schweiz zeigen demgegenüber, dass es besonders den kleinen Kantonen schwer fällt, genügend kompetentes Personal zur Verfügung zu haben²⁸.
- 623 **Öffentlich-private Partnerschaften** können laut IAO in Betracht gezogen werden, wenn dies zur Verbesserung der Leistungserbringung und des Zugangs zu hochqualifiziertem Fachwissen und neuer Technologie führt²⁹. Solche Partnerschaften erfordern dann wiederum eine regelmässige Überwachung und strikte Evaluierung ihrer Wirksamkeit und ihrer Kosten durch die Aufsichtsbehörden, so dass nicht in jedem Fall eine Entlastung resultiert.

²² BYRNE-SUTTON, S. 93; SEILER/SPLITTGERBER, S. 315 f. zur analogen Situation in Deutschland.

²³ Urteil des Verwaltungsgerichts Genf vom 5.4.2011 (ATA/225/2011), Sachverhalt Ziff. 20 und 22.

²⁴ In den Rechtsschriften machte die betroffene Firma offenbar geltend, im Kanton Waadt könne der Beizug einer externen Vertrauensperson nicht verlangt werden, im Kanton Wallis werde dies nur als Empfehlung gesehen und im Kanton Zürich werde dies nur für grosse Firmen empfohlen.

²⁵ Vgl. BGer vom 29.5.2012 2C_922/2011, E. 3: Wo das ArG den Vollzug abschliessend regelt, wie die Plangenehmigung, bleibt für die Kantone kein Raum für eine Ausdehnung auf weitere Betriebe; die Einrichtung eines Verfahrens zur Vorprüfung von Bauprojekten bleibt ihnen aber unbenommen (E. 3.6).

²⁶ BYRNE-SUTTON, S. 97 f.; SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND, S. 12; TSCHUDI u.a., Einleitung, N 47.

²⁷ ILO, Arbeitsaufsicht, S. VII.

²⁸ TSCHUDI u.a., Einleitung, N 48.

²⁹ ILO, Arbeitsaufsicht, S. VII.

C. Interinstitutionelle Zusammenarbeit

Bei den Unfallversicherern, insbesondere bei der Suva besteht ein quasi geschlossener **Kreislauf**³⁰; werden von den Versicherten Leistungen für Berufsunfälle oder Berufskrankheiten verlangt, erfolgt eine Abklärung im Betrieb; dies gibt Hinweise für die Verbesserung der Prävention und kann u.U. gleichzeitig die Wiedereingliederung vorbereiten³¹. 624

Anders ist dies bei den Versicherern für Erwerbsausfälle infolge von **Krankheit**: Ein (in der Schweiz i.d.R. privater) Krankentaggeldversicherer³² sieht sich wohl kaum zu einer Mitteilung an ein Arbeitsinspektorat veranlasst, selbst wenn er von einem versicherten Betrieb z.B. für mehrere Burnout-Fälle Leistung erbringen muss; er wird wohl einfach die Prämie seines Versicherungsnehmers entsprechend erhöhen. Wie wichtig eine solche Rückkopplung zu den Vollzugsbehörden aber wäre, zeigt das Beispiel des Leitfalls 2: Nur dank einem aufmerksamen Vertrauensarzt der Krankentaggeldversicherung für den Kosmetik-Vertrieb ist der Zusammenhang zwischen den überzogenen Leistungsvorgaben und der Überbeanspruchung der späteren Klägerin erkannt worden³³. 625

Wenn bei der **Invalidenversicherung** festgestellt würde, dass gehäuft Versicherte (an)gemeldet werden, die bei gewissen Unternehmen gearbeitet haben, hat sie heute keinen Anlass und keine Verpflichtung, dies der Arbeitsinspektion zu melden. Die Invalidenversicherung wird als Volksversicherung nebst Beiträgen zu einem grossen Teil von der öffentlichen Hand finanziert (Art. 77 IVG). Daher ist es erstaunlich, dass es bislang keinerlei institutionelle Rückkopplung der IV-Stellen mit den Vollzugsbehörden des ArGs gibt. 626

Die **Folgen mangelnder Prävention** schlagen sich zumindest zum Teil in höheren Leistungen der Krankentaggeld-Versicherer und u.U. bei der Invalidenversicherung und bei Pensionskassen für Invaliditätsrenten nieder. Sowohl Krankentaggeld-Versicherer³⁴ wie Pensionskassen können höhere Leistungen 627

³⁰ Die Verbindung von Prävention, Entschädigung und Wiedereingliederung spielt bei ca. 40'000 Betrieben nicht, weil die Versicherungsunterstellung und die Zuständigkeit bezüglich Verhütung einer unterschiedlichen Logik folgen (Art. 49 UVV und Art. 66 UVG).

³¹ RIEMER-KAFKA GABRIELA, Die Stellung der Unfallversicherung im Rahmen des schweizerischen Sozialversicherungssystems, in: SZS 2008 S. 202–222, S. 214 ff.; SONNENBERG, S. 195; STEINER, S. 172 ff.

³² S. unten Rz. 813.

³³ Oben Rz. 32.

³⁴ Dazu unten Rz. 842.

auf die Prämien abwälzen, was zu Lasten der Betriebe und i.d.R. zur Hälfte zu Lasten der Arbeitnehmenden geht (Art. 66 Abs. 1 BVG).

- 628 Soll ein Arbeitsinspektorat «schwarze Schafe» unter den Arbeitgebenden nicht allein aufgrund von Anzeigen der (ehemaligen) Arbeitnehmenden erkennen, wäre es auf **Informationen von Versicherern** über Belastungsfolgen angewiesen. Entsprechende Meldepflichten müssten jedoch in einem formellen Gesetz (z.B. im ArG) verankert werden.
- 629 Für die Versicherer ist heute freilich nicht ohne weiteres erkennbar, ob ein Bezug zwischen einer somatischen oder psychischen Erkrankung und der Situation am Arbeitsplatz besteht. Daher sollten sie künftig ihre Versicherten mit einem **Erhebungsblatt** oder bei der Anmeldung von Leistungen (bzw. nach der Meldung zur Früherfassung) fragen, ob sie selber einen Zusammenhang ihrer Erkrankung zum (früheren) Arbeitsplatz sehen bzw. vermuten. In dieser Situation antworten die Betroffenen wohl ehrlich(er)³⁵, besonders wenn ihnen Anonymität zugesichert wird. Diese Zusicherung ist dann vor allem wichtig, wenn sie wieder in den Betrieb zurückkehren oder noch ein Arbeitszeugnis benötigen.
- 630 Die **Meldung** der Versicherer an das Arbeitsinspektorat muss (schon aus Datenschutzgründen) keine Diagnose enthalten, es geht ja nur darum, eine Häufung von möglicherweise arbeitsbedingten Erkrankungen in einem Betrieb festzustellen. Um die Arbeitnehmenden bei einem Verbleib im Betrieb oder einer Wiedereingliederung nicht zu kompromittieren, dürfen die Betriebe über entsprechende Meldungen nicht informiert werden.
- 631 Das Arbeitsinspektorat soll dann entscheiden, wie es mit der Information umgehen will. Es kann **Abklärungen** vornehmen, wenn und wann ihm dies angezeigt scheint. Eine derartige Meldepflicht zur Verbesserung der Gesundheitsprävention wäre quasi das Gegenstück zur bereits gut etablierten Interinstitutionellen Zusammenarbeit (IIZ) bei der «Pforte zum Arbeitsmarkt»³⁶.
- 632 Eine entsprechende **Gesetzesbestimmung** könnte z.B. wie folgt lauten:

Krankentaggeld-Versicherer, welche Leistungen für Versicherte erbringen müssen, die länger als zwei Wochen arbeitsunfähig sind³⁷, müssen dem Arbeitsinspektorat am Arbeitsort der versicherten Person den Fall ohne Mitteilung von Gründen melden, wenn diese angeben, dass sie einen Zusammenhang zwischen ihrer Arbeitssituation und ihrer Arbeitsunfähigkeit vermuten.

³⁵ S. oben Rz. 419.

³⁶ VYTHELINGUM PRISCA u.a., Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Partnern fördern, in: CHSS 2/2012, S. 99–101.

³⁷ Diese Formulierung stellt sicher, dass die Meldepflicht i.d.R. nicht von allfälligen Karenzfristen abhängt.

Die analoge Mitteilungs- und Schweigepflicht trifft die Durchführungsbehörden der Invalidenversicherung für alle gemeldeten Fälle von unselbstständig Erwerbstätigen.

Die Versicherer dürfen die Betriebe nicht über entsprechende Meldungen informieren.

§ 2 Finanzierung

A. Ausgangslage

- 633 Die unmittelbar am Arbeitsplatz entstehenden Kosten für Massnahmen der Gesundheitsprävention sind von den Arbeitgebenden zu tragen¹. Eine andere Frage ist, wie die **Tätigkeit der Durchführungsorgane** finanziert wird, damit diese überwachen können, ob die Betriebe ihrer Verpflichtung zur Prävention nachkommen. Ob die Überwachung der Durchführung des ArGs² in den Betrieben wirksam ist, hängt neben einer guten Organisation und geeigneten Methoden auch noch davon ab, wie viele übrige Verwaltungsaufgaben³ den Arbeitsinspektoraten aufgebürdet werden. Entscheidend ist letztlich aber, wie viel Mittel den Durchführungsorganen zur Verfügung stehen⁴.
- 634 Zurzeit besteht ein grosses **Ungleichgewicht** in der Finanzierung des Vollzugs des UVGs (Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten) und der Durchführung des ArGs, was zu einem geringeren Schutz vor physischen und psychischen Gesundheitsrisiken führt⁵. Will man den psychischen Gesundheitsschutz verbessern, ist es unabdingbar, seine Überwachung besser zu finanzieren. Bevor Verbesserungen diskutiert werden können, muss man die heutigen Finanzierungsmechanismen kennen.

B. Finanzierung des UVG-Vollzugs

- 635 Für den Vollzug des Unfallversicherungsgesetzes steht ein «stattlicher Prämienzuschlag» aus der Berufsunfallversicherung zur Verfügung⁶. Dieser **Prämienzuschlag** wird zusammen mit den Versicherungsprämien für Berufsunfälle und Berufskrankheiten durch die Suva bzw. die privaten Unfallversicherer (Art. 68 UVG) von den Betrieben erhoben (Art. 91 Abs. 1 UVG).

¹ Oben Rz. 44.

² Oben Rz. 59 ff.

³ BYRNE-SUTTON, S. 96 kritisiert z.B., dass das Plangenehmigungsverfahren und Arbeitszeitbewilligungen zu viel Zeit absorbieren.

⁴ HOEL/EINARSEN, S. 42; MEYN, S. 95; ILO, Arbeitsaufsicht, S. 81.

⁵ HANS-ULRICH SCHEIDEGGER wies schon 1994 darauf hin, dass eine «ungleichgewichtige Allokation der finanziellen Mittel für Arbeitssicherheit auf der einen und (für) allgemeinen Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz auf der anderen Seite» bestehe, vgl. SCHEIDEGGER, S. 75 f.

⁶ STEINER, S. 55.

Der **Prämienzuschlag für Prävention** beträgt seit 1984 unverändert 6,5%⁶³⁶ der Nettoprämien der Berufsunfallversicherung⁷. Über die Verwendung dieser Prämienzuschläge führt die Suva eine separate Rechnung (Art. 87 Abs. 2 UVG, Art. 91 ff. VUV). Aus den Prämienzuschlägen stehen jährlich rund 100 Millionen Franken für den Vollzug der Massnahmen zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten zur Verfügung⁸.

An den Prämien für Berufsunfälle und Berufskrankheiten müssen sich die Arbeitnehmenden nicht beteiligen; sie müssen nur die Prämien für Nichtberufsunfälle tragen (Art. 91 Abs. 2 UVG). Die **Unternehmen** bezahlen über Prämien somit allein die Aktivitäten der UVG-Aufsichtsorgane, d.h. sie finanzieren ihre eigene Kontrolle⁹.⁶³⁷

C. Finanzierung des ArG-Vollzugs

I. Finanzierung durch den Staat

Der Vollzug des Arbeitsgesetzes wird aus den **allgemeinen Mitteln** von Bund und Kantonen finanziert (Art. 75 und 79 ArG). Einen kleinen «Zustupf» aus den Prämienzuschlägen des UVGs erhalten sie, wenn sie zusammen mit der Einhaltung des ArGs auch noch die Verhütung von Arbeitsunfällen überwachen (Art. 91 lit. a VUV)¹⁰.⁶³⁸

Das ArG macht den Kantonen nur **wenig Vorgaben**, nach denen diese ihre Budgets ausrichten müssen, nämlich nur Anzahl und Kompetenzen der Mitarbeitenden in den Vollzugsbehörden. *Wie viele* Arbeitsinspektorinnen und Arbeitsinspektoren jeder Kanton braucht, wird gemäss Art. 79 Abs. 3 ArGV1 durch Richtlinien des Bundesamtes festgelegt¹¹. Ob solche bestehen ist unge-⁶³⁹

⁷ Art. 2 Verordnung über die Festsetzung der Prämienzuschläge für die Unfallverhütung vom 6. Juli 1983 (SR 832.208). Für Betriebe, welche aufgrund von Art. 2 Abs. 2 und 3 VUV nur teilweise den Unfallverhütungsvorschriften unterstellt sind, gelten reduzierte Prämiensätze.

⁸ Antwort des Bundesrates vom 5.3.2004 auf die Anfrage «Arbeitsbedingte Krankheiten. Forschung und Prävention», eingereicht von NR Jean-Claude Rennwald vom 9.12.2003 (Gesch.-Nr. 03.1138). Gemäss Geschäftsbericht der EKAS 2011, S. 5, betrugen ihre Einnahmen im Jahr 2011 CHF 117'166'079. An die Durchführungsorgane gingen CHF 118'355'469.

⁹ KRUMMENACHER/GÜGGI, Rz. 32; VOEGELI, S. 306.

¹⁰ Oben Rz. 73; EKAS Mitteilungsblatt Nr. 72, Juni 2011, S. 35.

¹¹ Anlässlich eines dreigliedrigen Expertentreffens im September 2008 beschloss der Verwaltungsrat der IAO die Erarbeitung detaillierter Indikatoren für gute Arbeit, darunter auch die Anzahl Arbeitsinspektoren pro 10'000 Erwerbstätigen (BOGNUDA, Rz. 727).

wiss, veröffentlicht sind sie jedenfalls nicht. Allein anhand des Aufsichtsberichts sowie des EKAS-Jahresberichts ist ersichtlich, dass im Jahr 2011 in den kantonalen Vollzugsbehörden 210¹² bzw 194¹³ Aufsichtspersonen tätig waren.

- 640 Die Kantone müssen neben genügend Personal auch dafür sorgen, dass für den Vollzug **kompetente und unabhängige Personen** zur Verfügung stehen (Art. 79 Abs. 2 ArGV1). Welche Kompetenzen erforderlich sind, wird nicht näher umschrieben. Verlangt sind also keine Kompetenzen, die zur Aufdeckung und Reduktion von psychischen Risiken am Arbeitsplatz erforderlich sind, wie Arbeitspsychologie, Arbeitsmedizin oder Betriebswirtschaft. Die Anstellung kompetenter Fachkräfte ist das eine, gründliche Fort- und Weiterbildung das andere¹⁴. Noch so gute Gesetzgebung bleibt unwirksam, wenn ein systematischer Kompetenzaufbau im psychischen Gesundheitsschutz vernachlässigt wird, wie das Beispiel bezüglich Mobbing in Schweden zeigt¹⁵.
- 641 Der Vollzug des ArGs wird also fast ausschliesslich **vom Staat finanziert**. An den dafür erforderlichen allgemeinen Mitteln sind die Unternehmen nur indirekt über Steuern beteiligt. Aber auch die Arbeitnehmenden finanzieren mit ihren Steuern den Vollzug des ArGs mit. Gemäss dem (von der Schweiz nicht ratifizierten) IAO-Übereinkommen 155¹⁶ (Art. 22) dürften Arbeitsschutzmassnahmen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer jedoch mit keinerlei Kosten verbunden sein¹⁷.
- 642 Die Finanzierung des Vollzugs des ArGs über die allgemeinen Mittel von Bund und Kantonen hat zur Folge, dass die personellen und finanziellen **Ressourcen** der Arbeitsinspektorate und der kantonalen Aufsichtsbehörden allzu bescheiden sind¹⁸, so dass auch der Bundesrat schon 2005 bei der Beantwortung einer Anfrage von NR Claude Rennwald Verbesserungsbedarf sah¹⁹ (aber dennoch bis heute noch nichts unternommen hat):

Es ist zuzugestehen, dass gegenwärtig für Präventionsmassnahmen ausserhalb des Bereiches der Arbeitssicherheit nur wenig Mittel zur Verfügung

¹² SECO, Arbeitsaufsicht Berichterstattung 2011, S. 11. Bei der Suva waren es für den UVG-Vollzug zusätzlich noch 301 Aufsichtspersonen und beim SECO 57 Personen, jeweils z.T. mit Teilpensen (ebenda). In früheren Jahren gab das SECO die *Stellen* an, was aussagekräftiger war.

¹³ Gemäss EKAS, Jahresbericht 2011, S. 29 gab es in den kantonalen Arbeitsinspektoraten 194 «Beschäftigte», davon 32,9 «Personaleinheiten» für den UVG-Vollzug.

¹⁴ ILO, Labour Inspection, Rz. 181 ff.

¹⁵ HOEL/EINARSEN, S. 37 f.

¹⁶ Oben Rz. 140.

¹⁷ IAO-Übereinkommen 155, Art. 22; ZIMMER, S. 59.

¹⁸ WÜTHRICH, EKAS, S. 6.

¹⁹ Antwort des Bundesrates vom 5.3.2004 auf Anfrage «Arbeitsbedingte Krankheiten. Forschung und Prävention», eingereicht von NR Jean-Claude Rennwald vom 9.12.2003 (Gesch.-Nr. 03.1138).

stehen, was nicht unproblematisch ist. Der Bundesrat ist deshalb gerne bereit, die Anregung des Anfragers entgegenzunehmen und Möglichkeiten für eine umfassende Finanzierung von Präventionsmassnahmen im Bereich arbeitsbedingter Gesundheitsstörungen zu prüfen.

Mit seinem **Postulat** vom 7.6.2010 gab NR Max Chopard-Acklin folgendes zu bedenken²⁰: 643

Laut der Betriebszählung 2008 gibt es in der Schweiz rund 450'000 Arbeitsstätten, in denen über 4,1 Millionen Personen arbeiten. Die kantonalen Arbeitsinspektorate haben im Jahr 2008 dem Seco 12'251 Betriebsbesuche gemeldet. Zieht man davon die Unfallversicherungsgesetz (UVG)-relevanten Betriebsbesuche ab (die den Kantonen mehrheitlich durch den UVG-Prämienzuschlag für Berufsunfall- und Berufskrankheitsprävention entschädigt werden), bleiben nur 801 Betriebsbesuche übrig, in denen hauptsächlich die Einhaltung der Arbeitsbedingungen nach Arbeitsgesetz kontrolliert wurde. Mit 801 Betriebsbesuchen werden pro Jahr lediglich 0,17 Prozent der schweizerischen Betriebe schwergewichtig auf die Einhaltung des Arbeitsgesetzes kontrolliert!

Obwohl das Postulat von der Schweizerischen Volkspartei SVP bekämpft worden war, ist es in der Sitzung des NR vom 3. Mai 2012 angenommen worden, nachdem Bundesrat Johann Schneider-Amman erneut die Bereitschaft erklärt hatte, einen entsprechenden **Bericht zu verfassen**²¹. 644

Solange nicht die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen, ist es weitgehend müssig, einen stärkeren Schutz vor psychosozialen Gesundheitsrisiken und entsprechendes Fachwissen bei den Behörden zu fordern. Andererseits könnten die misslichen **Rahmenbedingungen** auch Anlass sein, die bisherige Vollzugstätigkeit zu überdenken, denn mit weniger personal- und finanzintensiven Überwachungsmethoden könnte u.U. dasselbe oder sogar ein besseres Resultat erzielt werden²².

II. Indirekte Finanzierung

1. Finanzierung durch die Suva

Die Bewältigung psychosozialer Risiken am Arbeitsplatz steckt bezüglich Rechtsetzung und Vollzug noch weitgehend in den Kinderschuhen. Auf ein Vollzugsdefizit und fehlendes Fachwissen lässt die Beobachtung schliessen, 645

²⁰ Begründung zum Postulat NR Max Chopard-Acklin «Senkung der Gesundheitskosten durch die Arbeitsinspektorate» (Gesch.-Nr. 10.3379) vom 7.6.2010; S. auch oben Rz. 160.

²¹ AB NR 2012, S. 651. Dieser Bericht liegt aber noch nicht vor (Ende Dezember 2012).

²² Dazu unten ab Rz. 697 ff.

dass **andere Institutionen** als die primär zuständigen ArG-Durchführungsbehörden in diesem Bereich aktiv geworden sind. Dies ist einerseits die Suva und andererseits die Stiftung Gesundheitsförderung Schweiz.

- 646 Die **Suva** bietet als «Nebentätigkeit» Beratung und Ausbildung im Bereich betriebliche Gesundheitsförderung an²³. Die interdisziplinäre Arbeitsgruppe «Progrès» der Suva befasst sich «seit längerer Zeit intensiv mit den berufsassoziierten Gesundheitsstörungen», d.h. sie führt jährlich ein «Nationales Diskussionsforum über berufsassoziierte Gesundheitsstörungen» durch und veranstaltet Informationskampagnen. Dadurch werden Verantwortliche in den Durchführungsbehörden (auch des ArGs) und in den Betrieben spezifisch auf psychosoziale Gesundheitsrisiken und Ursachen psychosomatischer Erkrankungen sensibilisiert und mit dem nötigen Fachwissen ausgerüstet. Die Suva unterstützt ausserdem Forschungsprojekte, z.T. auch solche zu psychischen Gesundheitsrisiken²⁴.
- 647 Diese «**Nebentätigkeiten**» der Suva sind **berechtigt**, da Unfälle mit psychischen Arbeitsbelastungen zusammenhängen können und das Wissen darüber für die Unfallverhütung erforderlich ist. Eine Beobachtung von Krankheiten, die u.U. als Berufskrankheiten anzuerkennen sind, gehört ebenfalls zum Aufgabenbereich der Suva. Insofern ist es gerechtfertigt, dass solche Tätigkeiten der Suva (wie auch Aktivitäten der EKAS im Bereich arbeitsassoziierte Gesundheitsbelastungen²⁵) allein durch die Arbeitgebenden über die Prämienzuschläge finanziert werden. Problematischer erscheint die namhafte Finanzierung mannigfacher Aktivitäten im Bereich des Betrieblichen Gesundheitsmanagements durch die Stiftung Gesundheitsförderung Schweiz.

2. Finanzierung durch «Gesundheitsförderung Schweiz»

- 648 «Gesundheitsförderung Schweiz» ist eine auf dem Krankenversicherungsgesetz beruhende **nationale Stiftung** unter Aufsicht des Bundes, «welche Massnahmen zur Förderung der Gesundheit und zur Verhütung von Krankheiten anregt, koordiniert und evaluiert» (Art. 19 Abs. 2 KVG)²⁶. Der Stiftungsrat als oberstes Entscheidungsorgan setzt sich aktuell aus 17 Mitgliedern

²³ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung vom 30.5.2008, BBl 2008, S. 5448 f.

²⁴ Gemäss Homepage www.suva.ch > Prävention > Arbeitsmedizin. Z.B. BRAUCHLI REBECCA/BAUER GEORG F./HÄMMIG OLIVER, Relationship between time-based work-life conflict and burnout, in: Swiss Journal of Psychology, 70/3, 2011, S. 165–174, S. 172.

²⁵ IZA 6/10, S. 6 f.; s. auch oben Rz. 81 ff.

²⁶ BURCH, S. 231.

zusammen. Sie repräsentieren Versicherer, Bund, Kantone, Wissenschaft, Ärzteschaft, Gesundheitsligen, Apotheker und Konsumenten²⁷.

Die **Finanzierung** der Stiftung ist durch Art. 20 KVG geregelt:

649

Von jeder nach diesem Gesetz obligatorisch versicherten Person ist jährlich ein Beitrag für die allgemeine Krankheitsverhütung zu erheben.

Die Krankenkassen ziehen bei den Versicherten einen Beitrag von derzeit CHF 2.40 einmal jährlich ein und leiten die Summe (die bei gegen 8 Mio. Versicherten etwa CHF 19 Mio. pro Jahr ausmacht) an die Stiftung weiter²⁸. Die Stiftung schreibt dazu auf ihrer Homepage²⁹:

Mit dieser kleinen Investition leistet somit jede und jeder einen Beitrag für die Gesundheit aller.

Gesundheit und *Arbeit* ist seit 1993 ein programmatischer **Schwerpunkt** der Stiftung Gesundheitsförderung Schweiz. Nach der Einführung des Versicherungsobligatoriums 1996 und der «damit einhergehenden Bereitstellung finanzieller Ressourcen» konnte daran gedacht werden, nicht nur einzelne Projekte der betrieblichen Gesundheitsförderung zu unterstützen, «sondern eine längerfristig angelegte KMU-Strategie» zu verfolgen³⁰. Eines von drei Kernthemen³¹ für die Strategie 2007–2018 ist denn auch «Psychische Gesundheit/Stress mit Fokus auf Betriebliche Gesundheitsförderung»³². Dafür besteht auch ein Wirtschaftsbeirat mit 8 Mitgliedern³³.

650

Im diesem Schwerpunktbereich **Betriebliche Gesundheitsförderung** finanziert die Stiftung jährliche Tagungen, spricht Beiträge für Forschungsprojekte und Projekte in einzelnen Betrieben. Sie vergibt das Label «friendly workspace»³⁴, betreibt und finanziert ein webbasiertes Stressanalyse-Tool für Un-

651

²⁷ Jahresbericht Stiftung Gesundheitsförderung Schweiz 2011, S. 6. Gem. Art. 19 Abs. 3 KVG ist gesetzlich vorgeschrieben «die Vertretung der Versicherer, der Kantone, der SUVA, des Bundes, der Ärzteschaft, der Wissenschaft sowie der auf dem Gebiet der Krankheitsverhütung tätigen Fachverbände».

²⁸ Das Präventionsgesetz hätte den Prämienzuschlag auf 0,075 Prozent der durchschnittlichen Jahresprämie begrenzt. Der Bundesrat hatte in der Botschaft noch beantragt, den Zuschlag auf max. 0.125 Prozent festzusetzen (BB1 2008, S. 7176, Gesch. Nr. 09.076). Das Gesetz ist jedoch im Parlament gescheitert (AB SR 2012, S. 931).

²⁹ www.gesundheitsfoerderung.ch.

³⁰ KOHLBACHER MICHAEL in BAUER/SCHMID, S. 18.

³¹ Neben «Gesundheitsförderung und Prävention stärken» und «Gesundes Körpergewicht».

³² www.gesundheitfoerderung.ch.

³³ Jahresbericht Stiftung Gesundheitsförderung Schweiz 2011, S. 19.

³⁴ Seit 2009 können sich Unternehmen zertifizieren lassen. Bis Ende 2011 waren dies 29 Unternehmen (Jahresbericht Stiftung Gesundheitsförderung Schweiz 2011, S. 3).

ternehmen³⁵. Ausserdem prämiert die Stiftung Unternehmen für Aktivitäten im betrieblichen Gesundheitsschutz. Aufbau, Betrieb und wissenschaftliche Auswertung der Homepage «KMU-vital» werden mit Stiftungsgeldern finanziert³⁶. Diese Internetplattform unterstützt Mitarbeitendenbefragungen in sieben Sprachen zu Themenbereichen wie «körperliche Beanspruchung, Arbeitsaufgabe und Arbeitsanforderungen, Arbeitszeit und Freizeit, Unternehmensleistungen, Informationspolitik und Beteiligung der Mitarbeitenden, Führungsstil und Betriebsklima sowie körperliche und psychische Beschwerden»³⁷.

- 652 Abgesehen davon, dass solche Befragungen bezüglich Nutzen für die psychische Prävention kritisch zu betrachten sind³⁸, bleibt ganz allgemein die Frage nach dem Verursacherprinzip bei der **Finanzierung** einer derartigen Stiftungstätigkeit. Ist es gerechtfertigt, dass alle zwangsweise nach KVG versicherten Kinder, die ja noch nicht erwerbstätig sind, sowie nicht mehr im Erwerbsleben stehende Rentnerinnen und Rentner mit ihren obligatorischen Prämienzuschlägen für «allgemeine Krankheitsverhütung» (Art. 19 Abs. 2 KVG) massgebend an die Prävention in den *Unternehmen* beitragen müssen? Demgegenüber steuern die Betriebe buchstäblich keinen Rappen an diese Aktivitäten bei, da die Prämien und der Präventionszuschlag ausschliesslich von den Versicherten kommen³⁹.
- 653 Andererseits muss man einräumen, dass ohne das Engagement der Stiftung Gesundheitsförderung in diesem Themenbereich der Stand des Wissens im **Bereich psychosoziale Gesundheitsrisiken** am Arbeitsplatz sowie Informationen und Anregungen für Unternehmen dazu auf einem *noch* schlechteren Stand wären, als dies heute der Fall ist. Dennoch ist es problematisch, dass sich Bund, Kantone und die Unternehmen aus der Finanzierung dieser Aktivitäten auf Kosten der Krankenversicherten verabschieden konnten. Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz ist schliesslich eine gesetzliche Verantwortung der Arbeitgebenden⁴⁰, und *sie* hätten gemäss ArG die Finanzierung dafür sicherzustellen. Sache der zuständigen Behörden wäre es, das für den Vollzug notwendige Fachwissen zu beschaffen und ihr Personal entsprechend zu schu-

³⁵ Jahresbericht Stiftung Gesundheitsförderung Schweiz 2011, S. 21.

³⁶ KOHLBACHER MICHAEL in BAUER/SCHMID, S. 19.

³⁷ KATHARINA LEHMANN u.a. in BAUER/SCHMID, S. 71.

³⁸ Oben Rz. 418 ff.

³⁹ Unter diesem Sichtwinkel scheint der Vorschlag des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes wohl nicht ganz durchdacht, wonach «alle arbeitsorientierten Projektmittel... der «Stiftung Gesundheitsförderung», durch die EKAS vergeben und verwaltet würden» und eine Vertretung der Stiftung an Sitzungen der EKAS teilnimmt (SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND, S. 21 f.).

⁴⁰ Oben Rz. 42.

len⁴¹. Dass dies letztlich durch die Arbeitnehmenden und sogar durch nicht-erwerbstätige Versicherte berappt wird, stellt die eigentlichen Verantwortlichkeiten auf den Kopf.

D. Verbesserungsmöglichkeiten

Über **Prämienzuschläge** verschaffen die Unternehmen der Suva die nötigen Mittel für einen wirksamen Vollzug ihrer Aufgaben bei der Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (Art. 91 Abs. 1 UVG). Um die Prävention bezüglich der übrigen – insbesondere der psychischen – Krankheiten zu verbessern, müsste man eine analoge Finanzierung vorsehen. Dies hiesse eigentlich, einen Zuschlag auf die Beiträge zur Versicherung der Erwerbsausfälle infolge *Krankheit* einzuführen. Da diese Versicherung in der Schweiz (noch) nicht als obligatorische Sozialversicherung ausgestaltet ist⁴², kann dieser Weg zurzeit nicht beschritten werden. 654

Die Erhebung von Prämienzuschlägen wäre aber bei der **Invalidenversicherung** IV gut möglich und liesse sich in die Reformpläne für das System der Sozialversicherungen gut integrieren⁴³. Die Beiträge an die IV werden in Prozenten der Lohnsumme festgesetzt und zusammen mit den AHV-Beiträgen erhoben (Art. 2 f. IVG). Beitragspflichtig sind wie bei der AHV Nicht-erwerbstätige, selbständig Erwerbstätige sowie die Arbeitgebenden und ihre Arbeitnehmenden je zur Hälfte (Art. 4 ff. AHVG). Würde man künftig bei den *Arbeitgebenden* einen Präventionszuschlag auf ihre Beiträge an die Invalidenversicherung erheben, könnte dies den Vollzugsbehörden des ArGs einen finanziellen Rahmen verschaffen, wie ihn die Suva heute für die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten zur Verfügung hat. Dies wäre 655

⁴¹ Oben Rz. 638.

⁴² Gemäss Antwort des Bundesrates vom 18.5.2011 auf die Interpellation von NR Jacqueline Fehr «Obligatorische Taggeldversicherung bei Krankheit» (Gesch.-Nr. 11.3246) vom 18.3.2011 erachtet er eine obligatorische Versicherung als nicht vertretbar. Dem gegenüber pocht die Konferenz der kantonalen Sozialdirektoren und Sozialdirektorinnen auf eine solche Lösung gemäss ihrer Antwort zum Bericht «Erwerbsausfall und soziale Absicherung» in Beantwortung des Postulates von NR Silvia Schenker (Gesch.-Nr. 09.3655). S. auch Bericht des BR vom 14.9.2012, S. 14 ff. zu diesem Postulat und MANI, S. 169 und 217 ff.

⁴³ MANI, S. 188. Den Vorschlägen von GIAN CLAUDIO MANI ist implizit zu entnehmen, dass nach seinem Modell risikoabhängige Prämien durch einheitliche Beiträge abgelöst würden. Fällt dieser Anreiz zur Prävention am Arbeitsplatz weg, wird die Verstärkung des Vollzugs des ArGs erst recht zum Gebot der Stunde.

auch vertretbar angesichts der Tatsache, dass diese UV-Prämien in den letzten Jahren reduziert werden konnten⁴⁴.

E. Fazit

- 656 Eine **Verbesserung des Gesundheitsschutzes** am Arbeitsplatz, insbesondere bezüglich psychosozialer Risiken, erfordert noch viel Forschung, Schulung, Information und einen wirksamen Vollzug. Dass dafür namhafte Mittel erforderlich sind, ist zum Teil an der Grössenordnung der bisher indirekten Finanzierung durch Suva und Stiftung Gesundheitsförderung Schweiz abzulesen. Die Beschaffung weiterer Mittel für eine verbesserte Realisierung eines wirksamen psychischen Gesundheitsschutzes lässt sich aber nicht ohne Beteiligung der eigentlich dafür Verantwortlichen rechtfertigen.

⁴⁴ S. unten Rz. 837 f.

§ 3 Methoden

A. Inspektion

Die **typische Methode** für den Vollzug des Arbeitsschutzes ist die Inspektion, d.h. der persönliche Besuch eines Betriebes durch ein Behördenmitglied, um vor Ort zu kontrollieren, ob die Vorschriften eingehalten werden¹. 657

Dieser Ansatz geht auf die ursprünglich polizeirechtliche Konzeption des Arbeitsschutzes zurück². Für Menschen des 19. Jahrhunderts gehörte zu einer Fabrikgesetzgebung ein «**Fabrikinspektor**»³. Allerdings war dann das erste eidgenössische Fabrikinspektorat ein interdisziplinäres Dreiergremium. Ihm gehörte der Arzt und erste Fabrikinspektor des Kantons Glarus, FRIDOLIN SCHULER, an⁴. Er schrieb 1869 in seinem zweiten kantonalen Fabrikinspektionsbericht⁵ dass die polizeiliche Kontrolle nur eine der Aufgaben ist; die andere aber darin besteht, Entwicklung und Verbesserung des Gesundheitsschutzes im Auge zu haben: 658

Denn das Fabrikinspektorat soll nach unserer Meinung weder eine Behörde sein, die eine ausnahmsweise polizeiliche Überwachung den Fabrikanten gegenüber ausübt, noch auch das Organ der Arbeiter, das jeden ihrer Wünsche gegenüber ihren Arbeitgebern zu verfechten hat – seine Aufgabe ist nur, einerseits dafür zu sorgen, dass den Bestimmungen des Fabrikgesetzes nachgelebt wird, andererseits aber sich Kenntnis von allem dem zu verschaffen, was beim Betrieb unserer Industrie und in den durch dieselbe bedingten Lebensverhältnissen der Arbeiter für diese nutz- und schadenbringend sein kann und auf welcher Weise gefundene Übelstände gemildert oder ganz beseitigt werden können.

Ein Relikt dieses **weiten Begriffs von Arbeitsinspektion** ist der Arbeitsärztliche Dienst gem. Art. 42 Abs. 4 ArG (heute Abteilung Grundlagen), der für das nötige Fachwissen bei Vollzug und Weiterentwicklung des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz sorgt. Arbeitsaufsicht ist keine Einbahnstrasse⁶; Forschung und Beobachtung der Arbeitswelt sind somit ebenso ein gesetzlicher Auftrag der Vollzugsbehörden, wie die Kontrolle der Betriebe und ihrer Arbeitsbedingungen. 659

¹ OPPOLZER, S. 58.

² Oben Rz. 213; GÄCHTER/VOLLENWEIDER, Rz. 175.

³ BERNHARD BECKER entwarf 1858 in «Ein Wort über die Fabrikindustrie» (S. 112 f.) ein Fabrikpolizeigesetz und forderte darin die Einsetzung eines Fabrikinspektors (JANSER, 36 f.).

⁴ JANSER, S. 141 f.

⁵ Zitiert in JANSER, S. 139.

⁶ ILO, Arbeitsaufsicht, S. 108.

B. Information und Beratung

I. Gesetzlicher Auftrag

- 660 Die Vollzugsbehörden waren sich schon früh bewusst, dass Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz nicht nur mit Vorschriften, Kontrolle und Sanktionen realisiert werden kann, sondern dass die Arbeitgebenden auch auf Unterstützung seitens der Fachleute angewiesen sind. So wurde schon in den Anfängen der Fabrikinspektion Kontrolle mit «**Belehrung**» verbunden⁷:

Man musste aber auch zugeben, dass periodisch wiederkehrende Kontrollen sich durchaus als nützlich erwiesen, da sie der Ausbreitung zweckmässiger Vorkehrungen auf dem Wege der Belehrung Vorschub leisten, da wo es an gutem Willen nicht mangelt ...

- 661 Der Ansatz, **Kontrolle mit Belehrung** zu verbinden, findet sich auch im IAO-Übereinkommen Nr. 81 über die Arbeitsaufsicht⁸: Der Arbeitsaufsicht obliegt danach nicht nur die «Sicherstellung der Durchführung der gesetzlichen Vorschriften», sondern auch «die Belehrung der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer durch technische Aufklärung und Ratschläge über die wirksamsten Mittel zur Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften» (Art. 3 Abs. 1 lit. a und b). Und gemäss Übereinkommen Nr. 155 Art. 10 haben die Staaten sogar «Massnahmen zur Anleitung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern zu treffen, um ihnen bei der Erfüllung ihrer gesetzlichen Verpflichtungen zu helfen.»
- 662 Diesen **Anforderungen entspricht** nach Ansicht des Bundesrates das schweizerische Recht bereits, denn die kantonalen Behörden haben laut Verordnung 1 zum ArG «Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Bauherren, Planer und andere mit Aufgaben des Arbeitsgesetzes betraute Personen in Fragen der Anwendung des Gesetzes und der Verordnungen zu beraten»⁹.
- 663 Man kann sich allerdings schon fragen, ob es dem **Subsidiaritätsprinzip** (Art. 5a BV) entspreche¹⁰ und Sache von Behörden ist, Unternehmen in der Anwendung von zwingendem Recht zu beraten. Normalerweise haben Verwaltungsbehörden nicht die Aufgabe, Betriebe in der Anwendung von Vor-

⁷ Zweiter Bericht über die Fabrikinspektion (GL) 1869, S. 134 (zitiert in JANSER, 139 f.).

⁸ Oben Rz. 144.

⁹ Heute Art. 79 Art. 1 lit. b ArGV1. Damit genügt das schweizerische Recht dieser Bestimmung bereits (vgl. Bericht des BR vom 24.11.1982 über die 67. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz, betr. Übereinkommen Nr. 155 über Arbeitsschutz und Arbeitsumwelt, Gesch.-Nr. 82.079, BBl 1983 I, S. 45).

¹⁰ BGer vom 3.7.2012 2C_485/2010, E. 8.4; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 1051; RICHLI, S. 279 ff.

schriften zu beraten. Weder im Steuerrecht, noch im Rechnungslegungsrecht, bestehen solche Verpflichtungen. Hingegen sieht z.B. Art. 6 USG vor, dass die Umweltschutzfachstellen Behörden und Private beraten; eine Beratung ist auch im Wettbewerbsrecht vorgesehen für «Unternehmen bei Fragen zu diesem Gesetz» (Art. 23 KG). Da die Beratungspflicht im Arbeitsschutzrecht jedoch auf völkerrechtlichen Verpflichtungen beruht, steht eine Abschaffung nicht zur Diskussion.

Da **psychische Gesundheitsrisiken** und Verletzungen der persönlichen Integrität schwer zu erkennen sind und grosse Informationsdefizite über deren Ursachen und Folgen festgestellt werden¹¹, besteht gerade in diesem Bereich des Arbeitsschutzes ein grosser Bedarf an «Belehrung» und Hilfe¹². Erfahrungsgemäss sind dies aber Tätigkeiten, die mit einem hohen Ressourcenaufwand verbunden sind¹³. 664

Information und Beratung setzen zudem entsprechende **Fachkompetenz** voraus. Noch immer versteht sich Arbeitsaufsicht zu sehr als technische Aufgabe. Verständlicherweise folgen Inspektorinnen und Inspektoren mit natur- oder ingenieurwissenschaftlichen Ausbildungen ihrer fachlichen Logik und haben eher wenig Verständnis für «weiche Faktoren» und unsichere Wirkungszusammenhänge¹⁴. Mehr psychologisches, medizinisches und betriebswissenschaftliches Wissen wäre aber nötig, um bei psychischen Risiken Firmen gegenüber kompetent auftreten zu können¹⁵. Schweden ist schon lange ein gutes Beispiel dafür, wie mit einem interdisziplinären Ansatz Gesundheitsschutz mit Politik und Organisation eines Unternehmens verbunden werden kann¹⁶. Mit Art. 79 Abs. 3 ArGV1 bestünde auch im schweizerischen Recht bereits eine Grundlage, um den Kantonen entsprechende Vorgaben zu machen¹⁷. 665

¹¹ EU-OSHA, ESENER, S. 61.

¹² HOEL/EINARSEN, S. 45.

¹³ BYRNE-SUTTON, S. 94; SEILER/SPLITTGERBER, S. 316 f.

¹⁴ SCHEIDEGGER/PITTELOU, Art. 6 ArG N 35; SEILER/SPLITTGERBER, S. 320; ZIMOLONG, S. 417.

¹⁵ PORTUNÉ, S. 241 f.; SEILER/SPLITTGERBER, S. 323; WELLMANN/LEMPERT-HORSTKOTTE, S. 107.

¹⁶ AUF DER MAUR/AUBRY GIRARDIN, S. 39; EU-PARLAMENT, S. 23; ILO, Labour Inspection, Rz. 55; SCHUBERT, S. 99.

¹⁷ Bis jetzt hat das SECO offenbar aber darauf verzichtet, Richtlinien bezüglich Aus- und Weiterbildung sowie Anzahl der Aufsichtspersonen zu erlassen (SEOC, Wegleitung ArGV1, Art. 79, S. 179 – 2, s. auch oben Rz. 640), obwohl diese Absicht von der ILO lobend hervorgehoben wurde (ILO, Labour Inspection, S. 59 FN 1). Es gibt nur Vorschriften über die Eignung der Spezialistinnen und Spezialisten der Arbeitssicherheit (SR 822.116), vgl. oben Rz. 55 ff.

- 666 Es kommt wohl nicht von ungefähr, dass sich die Rechtsprechung zum ArG fast ausschliesslich mit Fällen aus der welschen Schweiz befasst (ebenso Leitfall 1). Dort bemühen sich die Arbeitsinspektorate nämlich seit Jahren darum, dass sie von den Arbeitnehmenden als **kompetente Partner** bei Bemühungen um gute Arbeitsbedingungen und insbesondere auch bei psychischen Problemen wahrgenommen werden¹⁸. Sie profilieren sich auch als Ansprechstelle bei Mobbing, Konflikten und sexueller Belästigung¹⁹. Dies ermutigt Betroffene, sich überhaupt an eine solche Behörde zu wenden. Ähnliche Anliegen verfolgen die englischen Arbeitsschutzbehörden, die zusammen mit anderen Akteuren als niederschwelliges Angebot eine telefonische «Pay and Work Rights Helpline» betreiben²⁰.

II. Zweigleisigkeit der Aufsicht

- 667 In ihrem jüngsten Bericht über die Arbeitsaufsicht hebt die IAO den **doppelten Auftrag** der Aufsichtsbehörden und dessen positive Wirkung hervor²¹:

Die Institution der Arbeitsaufsicht ist zweigleisig angelegt. Einerseits beaufsichtigt sie die Durchsetzung der gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere im Hinblick auf Arbeitnehmerrechte ... Andererseits bietet die Arbeitsaufsicht Information, Beratung und Schulung an. Diese Dualität verleiht dem System der Arbeitsaufsicht eine Schlüsselrolle in der Welt der Arbeit und befähigt es dazu, für ein breites Spektrum von Arbeitsproblemen wirksame Abhilfe zu schaffen.

- 668 Die Verpflichtung, sowohl **Kontrolle wie Beratung** wahrzunehmen, empfinden Behördenmitglieder hingegen selber als «Spagat»²². Sie realisieren, dass die Rolle der Beratung und die polizeiliche Funktion der Kontrolle eigentlich nicht kompatibel sind²³. Dies bestätigen auch die Untersuchungen von CHANTAL MAGNIN über die Tätigkeit von Arbeitsvermittlungszentren, welche aufgrund des AVIG auch einen doppelten Auftrag von Beratung und Kontrolle haben: Diese Zweigleisigkeit führe zu willkürlichen Ergebnissen, weil sich diese beiden Aufträge systembedingt widersprechen und jeweils einer zu Gunsten des anderen vernachlässigt wird, ohne dass dies rational gesteuert wird²⁴. Zu beachten ist auch das sogenannte «captive agency phenomenon»,

¹⁸ BIANCHI EDMOND (S. 81 ff.) und CONNE-PERRÉARD ELISABETH (S. 89 ff.), in: Aubert Gabriel u.a. (Hrsg.), *Harcèlement au travail*, Genf 2002.

¹⁹ ILO, *Labour Inspection*, Rz. 55.

²⁰ ILO, *Arbeitsaufsicht*, S. 75 und www.direct.gov.uk bzw. Phone Nr. 0800 917 2368.

²¹ ILO, *Arbeitsaufsicht*, S. 69.

²² SEILER/SPLITTGERBER, S. 313; WÜTHRICH, EKAS, S. 6.

²³ BYRNE-SUTTON, S. 94; SEILER/SPLITTGERBER, S. 319.

²⁴ MAGNIN CHANTAL, *Beratung und Kontrolle – Widersprüche in der staatlichen Bearbeitung von Arbeitslosigkeit*, Zürich 2005, S. 324 f.

nämlich die Gesetzmässigkeit, dass eine Aufsichtsbehörde mit der Zeit ihre Kontrollfunktion infolge «Verständnisses» für die Interessen der zu Kontrollierenden verliert²⁵.

Im Gefolge von «New Public Management» (NPM) soll der Staat ausserdem von seinem verstaubten, bürokratischen Image wegkommen und sich als **kundenorientiertes Dienstleistungsunternehmen** zeigen²⁶. Dies entspricht auch eher dem Selbstverständnis von heutigen Staatsangestellten²⁷. In Schweden sah sich aber das für Arbeitsschutz zuständige Ministerium veranlasst, dem entgegen zu wirken. Es erliess Richtlinien, um bei Arbeitsinspektionen die Beratungstätigkeit zugunsten von Kontrollen und Sanktionen einzuschränken²⁸. Auch in der Schweiz macht sich Ernüchterung über NPM breit²⁹.

Aus Praxisberichten zum **Arbeitsschutz** in der Schweiz lässt sich eine Tendenz ablesen, dass die Beratung eher wahrgenommen wird als die Kontrolle³⁰. Um die Beratungsrolle nicht zu destabilisieren, wird die unangenehmere Kontrollaufgabe vernachlässigt³¹ und nur sehr zögerlich zu Sanktionen gegriffen³². Dazu kommt, dass die Kenntnis von Normen bei den Rechtsunterworfenen offenbar faktisch nicht (mehr) vorausgesetzt werden kann³³. Auch die Antworten von Unternehmensverantwortlichen bei der ESENER-Umfrage³⁴ deuten darauf hin, dass in der Schweiz wenig Druck von der Arbeitsinspektion verspürt wird: Nur 35% nannten dies als Grund, sich um psychosoziale Risiken zu kümmern. Dies sind deutlich weniger als im EU-Durchschnitt (57%) oder gar in Deutschland (80%)³⁵.

Da sowohl Beratung wie Kontrolle ihre je eigene Berechtigung haben, bestünde eine einfache Lösung darin, diese Funktionen **verschiedenen Behörden** zuzuweisen. Die IAO-Übereinkommen verlangen nämlich nur, dass von der «Arbeitsaufsicht» beide Funktionen ausgeübt werden, es spricht aber

²⁵ REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 184.

²⁶ MÜLLER MARKUS, Höflichkeit, S. 318; REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 173.

²⁷ WELLMANN/LEMPERT-HORSTKOTTE, S. 130.

²⁸ AUF DER MAUR/AUBRY GIRARDIN, S. 45.

²⁹ MARKUS MÜLLER in seinem Editorial zu ZBl 9/2012, S. 453.

³⁰ Z.B. DEBRUNNER JOST/WÜTHRICH, S. 372 f.; KAUFMANN URS/LÄUBLI THOMAS in EKAS Mitteilungsblatt Nr. 68, Dezember 2009, S. 35;

³¹ ILO, Labour Inspection, S. 91.

³² SEILER/SPLITTGERBER, S. 319; WELLMANN/LEMPERT-HORSTKOTTE, S. 106.

³³ GÄCHTER/VOLLENWEIDER, Rz. 187.

³⁴ Dazu oben Rz. 195 ff.

³⁵ EU-OSHA, ESENER, S. 53.

nichts dagegen, einem Organ (z.B. der Suva³⁶) die *Beratung* und einem anderen Organ (z.B. den Arbeitsinspektoraten) die *Kontrolle* des Arbeitsschutzes zu übertragen, wie dies auch CAROLE SONNENBERG vorschlägt³⁷.

- 672 Bei einer solchen Aufgabenteilung ist dann jedoch scharf darüber zu wachen, dass **psychosoziale Belange** nicht vernachlässigt werden. Denn es besteht die Gefahr, dass die psychischen Aspekte quasi als «Kür» wahrgenommen werden, die erst zum Zuge kommen, wenn die Betriebe ihre «eigentlichen Hausaufgaben» gemacht haben; da es nicht das Ziel sein könne, «dass die Versicherten glücklich und zufrieden vom Gerüst stürzen»³⁸. Wer aber eine Sensibilität für die subtileren psychischen Arbeitsbelastungen entwickelt hat, wird sich ziemlich sicher auch um fehlende Abschränkungen kümmern – sei es in der beratenden oder in der überwachenden Funktion.

C. Überwachung

I. Bedeutung

- 673 Pour qu'une législation ait un impact, il faut qu'elle soit effectivement appliquée.

Mit diesem Satz hat die heutige Bundesrichterin FLORENCE AUBRY GIRARDIN in ihrer Dissertation zum Arbeitsschutz das Problem auf den Punkt gebracht³⁹. Wird über schlechte Arbeitsbedingungen geklagt, liegt die Ursache meist weniger in unbefriedigenden gesetzlichen Regelungen als in der **ungenügenden Durchsetzung**⁴⁰.

- 674 Man kann zwar erwarten, dass allein schon das Bestehen von zwingendem Recht und von Sanktionsdrohungen die Befolgung von Normen bewirkt⁴¹. Wenn aber die Wahrscheinlichkeit sehr gering ist, dass ein **Normverstoss** aufgedeckt wird, sinkt diese Wirkung⁴². Darum schreibt auch Art. 16 des IAO-Übereinkommens Nr. 81 vor⁴³:

³⁶ Schon heute geht die Beratungstätigkeit der Suva über Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten hinaus. Nebentätigkeiten wie Beratung und Ausbildung sollten gemäss Entwurf UVG 2008 in Art. 67a eine gesetzliche Grundlage erhalten.

³⁷ SONNENBERG, S. 190 f. Eine ähnliche Funktionsteilung kennt auch Österreich (AUF DER MAUR/AUBRY GIRARDIN, S. 40 f.).

³⁸ PORTUNÉ, S. 242.

³⁹ AUBRY GIRARDIN, Rz. 713.

⁴⁰ BAUER in BAUER/SCHMID, S. 23; TSCHUDI u.a., Einleitung, N 45.

⁴¹ GÄCHTER/VOLLENWEIDER, Rz. 186. S. auch oben Rz. 201.

⁴² HOEL/EINARSEN, S. 46 f. S. auch oben Rz. 202.

⁴³ Auch Art. 4 der europäischen Rahmenrichtlinie 89/391/EWG schreibt den Staaten vor, eine angemessene Kontrolle und Überwachung sicherzustellen.

Die Betriebe sind so oft und so gründlich zu besichtigen, als zur Sicherung einer wirksamen Durchführung der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften notwendig ist.

Im Zusammenhang mit der Asbest-Problematik hat das Bundesgericht gesagt, es sei im Ermessen der Aufsichtsbehörde, wie sie die Kontrolle ausüben will; flächendeckende Kontrolle sei (im UVG) nicht vorgeschrieben, daher seien wegen knapper Ressourcen **Stichproben** zulässig⁴⁴. Ob dies dann aber den Anforderungen an eine «wirksame Durchführung» entspricht, muss bezweifelt werden. Der EuGH zählt dagegen eine ausreichende Personalausstattung neben geeigneten Kontrollen und wirksamen Sanktionen zu den Merkmalen einer wirksamen Aufsicht⁴⁵.

Auf der anderen Seite will man ja auch **keinen Polizeistaat** mit einer ständigen Präsenz des Zwangsapparates. Darum muss erreicht werden, dass die Normadressaten die Normen weitgehend von sich aus befolgen⁴⁶. Dazu trägt eine klare Gesetzgebung bei, die auf Normadressaten und Regelungsgegenstand «passt»⁴⁷. Daneben wäre aber wichtig, dass die Vollzugsbehörden Präsenz zeigen, so dass es sich überhaupt «lohnt», die Normen zu befolgen⁴⁸. Stattdessen wird gerade im Arbeitsschutz eine hohe Ineffektivität des Rechts in Kauf genommen⁴⁹, indem man überholte Strukturen beibehält, zu wenig Personal und Sachmittel bereitstellt, was eine angemessene Überwachung verunmöglicht⁵⁰.

Es geht aber auch anders. Einige Länder haben erkannt, dass die **Überwachung** der Arbeitsbedingungen neuen Schwung braucht. Auch die IAO verfolgt zurzeit intensiv eine Stärkung und Modernisierung der Arbeitsaufsicht⁵¹. Mehrere Länder, darunter Italien und Portugal, aber auch die USA, haben in den letzten Jahren die Arbeitsaufsicht verbessert, die Anzahl ihrer Arbeitsinspektoren oder die Budgets erhöht, um ihre Rolle zu stärken⁵². Auch die Niederlande haben kürzlich ihre Aufsichtsstrukturen verbessert⁵³.

⁴⁴ BGer vom 23. 8. 2001 2A.402/2000, E. 3.c.aa.

⁴⁵ Urteil des EuGH vom 26.4.2005, C-494/01.

⁴⁶ REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 115

⁴⁷ HAFEN, Grundlagen, S. 223; REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 117 ff.

⁴⁸ ILO, Arbeitsaufsicht, S. V. Dem entsprechend setzt die Suva in der Prävention neben praxisnahen Hilfsmitteln und Kommunikation «auf glaubwürdige und wirksame Betriebskontrollen» (Geschäftsbericht Suva 2010, S. 29).

⁴⁹ REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 205.

⁵⁰ REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 125.

⁵¹ ILO, Arbeitsaufsicht, S. 120 ff.

⁵² ILO, Arbeitsaufsicht, S. 101.

⁵³ ILO, Arbeitsaufsicht, S. 74.

- 678 Der Ausschuss hoher Arbeitsaufsichtsbeamten SLIC hat mit Vertretern und Vertreterinnen sämtlicher Mitgliedstaaten der Europäischen Union vereinbart, im Jahr 2012 eine **Inspektionskampagne** in Bezug auf **psychosoziale Fragen** durchzuführen⁵⁴. Die Kampagne konzentrierte sich auf die Branchen mit den bekanntermassen grössten psychischen Risiken, nämlich Gesundheitswesen, Gastgewerbe und Verkehr.

II. Anzeige

- 679 Neben angemeldeten oder unangemeldeten Betriebsbesuchen wird die Vollzugsbehörde bisweilen durch **Anzeigen** von Arbeitnehmenden⁵⁵ auf Missstände aufmerksam, wie dies auch im Leitfall 1 der Fall war⁵⁶. Eine solche Anzeige ist zwar für Arbeitnehmende einfacher, als vor einem Arbeitsgericht auf Erfüllung der Fürsorgepflicht zu klagen⁵⁷, aber ganz unproblematisch ist es auch wieder nicht⁵⁸:

Ein Grund dafür, dass Arbeitnehmende ihre Rechte nicht geltend machen, mag darin liegen, dass sie unangenehme Konsequenzen am Arbeitsplatz – z.B. Mobbing durch Arbeitskollegen – befürchten. Ein weiterer Grund mag die mangelnde Kenntnis der geltenden Regelung bei den betroffenen Personen sein.

- 680 Dazu kommt, dass man bei einer Meldung ans Arbeitsinspektorat den **Arbeitsplatz riskiert**, denn auch die erfolgreiche Anfechtung einer missbräuchlichen Kündigungen⁵⁹ kann einen Stellenverlust nicht verhindern, und der Schutz vor Whistleblowing fehlt zurzeit noch⁶⁰, so dass eine Meldung ans Arbeitsinspektorat ohne vorgängige Mitteilung an die Arbeitgeberin heute als Verstoß gegen die Treuepflicht gewertet werden kann⁶¹.

⁵⁴ Weitere Informationen auf www.arbeitsinspektion.gv.at/AI/Arbeitsschutz/kampagne.

⁵⁵ Oben Rz. 60.

⁵⁶ Oben Rz. 24. Ein weiterer Fall ist z.B. dokumentiert in BGer vom 22.3.2001 2A.423/2000.

⁵⁷ Oben Rz. 174.

⁵⁸ Wie das Zitat aus dem Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 1.6.2007 zeigt (betr. Parlamentarische Initiative Schutz der Bevölkerung und der Wirtschaft vor dem Passivrauchen Gesch.-Nr. 04.476, BBl 2007, S. 6189).

⁵⁹ Oben Rz. 175.

⁶⁰ Antwort des Bundesrates vom 16.5.2012 auf die Interpellation von NR Josiane Aubert vom 7.3.2012 (Gesch.-Nr. 12.3086).

⁶¹ PORTMANN, Stresshaftung, S. 13; REHBINDER/STÖCKLI BK, Art. 328 OR N 21. In Deutschland ist in § 17 Abs. 2 Satz 1 ArbSchG explizit geregelt, dass dem Arbeitgeber zuerst die Möglichkeit eingeräumt werden muss, die Arbeitsschutzmängel zu beseitigen (MÜLLER-PETZER, S. 28).

Will man das Anzeigeverhalten verbessern, ist neben besserer Information der Arbeitnehmenden über ihre Rechte und die Kompetenzen der Vollzugsbehörden zusätzlich nötig, dass ihnen **Anonymität** zugesichert wird. Es genügt nicht, auf den alten Juristenwitz zu verweisen, wonach anonyme Anzeigen «form-, frist- und fruchtlos» sind und darauf zu zählen, dass sich Gewerkschaften vor die Betroffenen stellen werden⁶². In anderen Ländern, wie z.B. in den Niederlanden und in Finnland werden Anzeigen an Arbeitsinspektorate grundsätzlich anonym behandelt, es sei denn die anzeigende Person sei mit der Bekanntgabe ihres Namens gegenüber dem Betrieb einverstanden⁶³.

Gerade bei **psychischen Belastungen** wäre Zusicherung von Anonymität besonders wichtig, wo Beanstandungen schnell einmal als Frontalangriff gegen das Management aufgefasst werden. Ohne garantierte Anonymität wird kaum jemand sich beim Arbeitsinspektorat melden, wenn die Arbeitsintensität übermässig ist, Moraldilemmata bestehen oder Reorganisationen und Management-Systeme psychisch belasten. Geradeso gut könnten diese Arbeitnehmenden gleich die Stelle verlassen, denn früher oder später wird ihnen dies ohnehin blühen, sei es weil sie als unfähig oder als Nestbeschmutzer abqualifiziert werden. Eine Zusicherung der Anonymität kann hingegen Retorsionsmassnahmen entgegenwirken und sicherstellen, dass die Behörden überhaupt von Missständen hören. Gesetzlich vorgeschriebene Anonymität würde auch die Behörden entlasten, da sie so nicht mehr von den Betrieben unter Druck gesetzt werden könnten, ihnen Namen bekannt zu geben.

Dafür genügt eine sogenannte **nachträgliche Anonymisierung**, d.h. in einer ersten Phase beim Erstkontakt mit der Behörde ist die Offenlegung der Identität erforderlich, bei der weiteren Bearbeitung wird die Identität entfernt (wie bei Urteilsveröffentlichungen)⁶⁴. Eine entsprechende Ergänzung von Art. 54 ArG könnte etwa wie folgt lauten:

Anzeigen und andere Meldungen an die zuständigen Behörden erfassen und behandeln diese anonym, es sei denn, die Personen geben eine schriftliche Erklärung ab, dass sie mit der Bekanntgabe ihres Namens gegenüber dem betroffenen Betrieb einverstanden sind.

⁶² MÜLLER ROLAND A., Art. 6 Abs. 1 ArG N 2.

⁶³ Für die *Niederlande*: Art. 26 Wet van 18.3.1999, houdende bepalingen ter verbetering van de arbeidsomstandigheden (Arbeitsomstandighedenwet, Arbowed); Für *Finnland*: § 10 Laki työsuojelun valvonnasta ja työpaikan työsuojeluyhteistoiminnasta/Lag om tillsynen över arbetarskyddet och om arbetarskyddssamarbete på arbetsplatsen vom 20.1.2006 (44/2006, 1334/2007).

⁶⁴ RUDIN BEAT, Das Recht auf Anonymität – Anonymität als Teil der informationellen Selbstbestimmung: wenig geregelte Anwendungsfälle und viel Handlungsbedarf, in: *digma* 2008, S. 6–13, S. 12.

III. Kontrollgegenstand

1. Arbeitszeitvorschriften

- 684 Die Kontrolle der Arbeits- und Ruhezeiten, die ja ein wichtiger Faktor psychischer Risiken sind, lässt sich aufgrund der klaren Gesetzesbestimmungen an sich einfach vornehmen⁶⁵. Dies setzt allerdings voraus, dass Arbeits- und Ruhezeiten der einzelnen Beschäftigten⁶⁶ erfasst und **aufgezeichnet** werden. Die Erhebung und Dokumentation der Daten durch die Arbeitgeberin kann diese auch Dritten übertragen, z.B. einer internen oder einer ausgelagerten Personaladministration⁶⁷. Mit den heutigen technischen Möglichkeiten bestehen vielfältige Hilfsmittel zur Aufzeichnung und Dokumentation der Arbeitszeiten und der jeweiligen Arbeitstätigkeit zu bestimmten Zeiten⁶⁸.
- 685 Echte **Vertrauensarbeitszeit**⁶⁹, d.h. Verzicht oder vollständige Delegation der Kontrolle an die Arbeitnehmenden ist nach heutiger Rechtslage gemäss ArG nicht zulässig⁷⁰. Ebenfalls nicht zulässig ist es, die Arbeitnehmenden «nur» die verrechenbaren Stunden erfassen zu lassen und die restlichen Stunden als Vertrauensarbeitszeit zu deklarieren⁷¹. Mit dem Gesetz vereinbar ist hingegen die unechte Vertrauensarbeitszeit. Hier überwacht die Arbeitgeberin die Einhaltung der Vorschriften des ArGs nach wie vor, sie delegiert lediglich die Aufzeichnungspflicht an die Arbeitnehmenden oder diese geht aus einem vorgegebenen Einsatzplan hervor⁷².
- 686 Aus Sicht des **psychischen Gesundheitsschutzes** muss die Überwachung der effektiv geleisteten Arbeitszeit eher verstärkt als abgebaut werden, sind doch Dauer und Lage der Arbeitszeit wichtige Faktoren psychischer Risiken⁷³. Der Begriff «Vertrauensarbeitszeit»⁷⁴ ist ohnehin unpassend, da die gesetzliche Aufzeichnungspflicht nicht mit Misstrauen gleichgesetzt werden kann⁷⁵. Tat-

⁶⁵ Oben Rz. 125 ff. und Rz. 144.

⁶⁶ Mit Einschluss der Leiharbeitnehmenden, so auch MÜLLER/OECHSLE, S. 853.

⁶⁷ BGE 101 II 283, E. 8; RUDOLPH/VON KAENEL, S. 204.

⁶⁸ MÜLLER ROLAND A., Arbeitszeitfragen, S. 68; RUDOLPH/VON KAENEL, S. 204; SENTI, Überstunden, S. 378.

⁶⁹ Zu diesem Begriff und seinem betriebswirtschaftlichen Kontext: DORSEMAGEN u.a., S. 6 f.

⁷⁰ SECO, Wegleitung, Art. 73 ArGV1, S. 173 – 1. Vgl. für das Bundespersonal Art. 64a BPV.

⁷¹ MÜLLER/OECHSLE, S. 853.

⁷² SECO, Wegleitung zu Art. 73 ArGV1, S. 173 – 2; MÜLLER ROLAND A., Art. 46 ArG N 2; MÜLLER ROLAND A., Arbeitszeitfragen, S. 67; RUDOLPH/VON KAENEL, S. 204.

⁷³ Oben Rz. 285 ff.

⁷⁴ Dazu oben Rz. 292.

⁷⁵ Su auch DORSEMAGEN u.a., S. 42.

sächlich wird nämlich Kontrolle nicht durch Vertrauen ersetzt, sondern durch eine raffiniertere Form von Kontrolle⁷⁶. Um den Betrieben den gewünschten Freiraum zu lassen, ohne den Schutzgedanken preiszugeben, könnte eine Beweislastumkehr bei Forderungen infolge von Überstunden oder Überzeit in Betracht gezogen werden⁷⁷. Sie wird vom Bundesgericht zwar grundsätzlich noch abgelehnt, dennoch ist eine Tendenz der Rechtsprechung in diese Richtung festzustellen⁷⁸.

2. Weitere Aufzeichnungen

Nach dem Wortlaut von Art. 46 ArG bzw. Art. 73 Abs. 1 ArGV1 («Angaben zu enthalten, die für den **Vollzug des Gesetzes notwendig** sind») umfasst die Aufzeichnungspflicht ganz allgemein den Vollzug des Gesetzes, d.h. sie gilt auch für die Betriebe⁷⁹, die nur Art. 6 ArG, nicht den Arbeits- und Ruhezeitvorschriften von Art. 9 ff. ArG unterstehen⁸⁰. Dies sind insbesondere die Betriebe der öffentlichen Verwaltung (inkl. Schulen und Gesundheitswesen), die regelmässig durch hohe psychische Belastungen und Beanspruchungsfolgen auffallen.

Gemäss Art. 73 Abs. 1 ArGV1 müssen diese Betriebe nicht alle Angaben (lit. a bis j) erfassen. Für den Vollzug des allgemeinen Gesundheitsschutzes gemäss Art. 6 ArG reicht es, dass diese Betriebe folgende **Aufzeichnungen** vornehmen, nämlich

- a. die Personalien der Arbeitnehmer und der Arbeitnehmerinnen;
- b. die Art der Beschäftigung sowie Ein- und Austritt der Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerinnen;
- c. die geleistete (tägliche und wöchentliche) Arbeitszeit inkl. Ausgleichs- und Überzeitarbeit sowie ihre Lage.

Die übrigen Aufzeichnungspflichten betreffen ausschliesslich den Vollzug der Arbeits- und Ruhezeiten, sowie der Sonderschutzbestimmungen. Die ArGV3 enthält keine spezifischen Dokumentationspflichten. Aber die Aufzeichnung der Fluktuationsrate (Ein- und Austritte gem. lit. b) kann doch

⁷⁶ GERAMANIS, S. 349.

⁷⁷ MÜLLER ROLAND A., Art. 46 ArG N1.

⁷⁸ BGer vom 14.12.2011 4A_338/2011, E. 2 und Urteile 4A_40/2008 vom 19.8.2008, E. 3.3 sowie 4C.142/2005 vom 24.8.2006, E. 5.2.

⁷⁹ Die Aufzeichnungspflicht ist eine Pflicht der Betriebe (Art. 46 ArG). Sie müssen Aufzeichnungen auch für die Arbeitnehmenden vornehmen, die nur gem. Art. 3a lit. b und c ArG dem Geltungsbereich von Art. 6 ArG unterstehen. Demnach unterstünden Betriebe auch für die «höheren leitenden Angestellten» der Aufzeichnungspflicht, was aber möglicherweise ein gesetzgeberisches Versehen ist, da dies der ratio legis widerspricht.

⁸⁰ Oben Rz. 123 f.

immerhin wichtige Hinweise auf die Arbeitsbedingungen geben⁸¹, besonders wenn die Behörde mit Betrieben ähnlicher Grösse im selben Wirtschaftssegment vergleichen kann.

- 689 Die Vollzugs- und Aufsichtsorgane können gemäss Art. 73 Abs. 3 ArGV1 in **weitere Verzeichnisse und Unterlagen** Einsicht nehmen, «soweit das für die Erfüllung ihrer Aufgaben notwendig ist». Laut Wegleitung des SECOs können «z.B. Protokolle eingesehen werden, damit überprüft werden kann, ob die Mitwirkungsrechte im Betrieb sachgerecht wahrgenommen werden»⁸². Da Mitwirkungsrechte beim psychischen Gesundheitsschutz eine besondere Bedeutung haben⁸³, kann die Überwachung dieser Bestimmungen auch zu einer Verbesserung beitragen. Hier wäre auch der Ansatzpunkt, um «freiwillige» Reduktionen des Arbeitspensums feststellen zu können, die möglicherweise ein Indikator für zu hohe Arbeitsbelastungen sind⁸⁴.

3. Kontrolle bei übrigen psychischen Belastungen

- 690 Für die meisten **psychischen Belastungen** gibt es weder Messeinheiten noch Grenzwerte. Ob z.B. die Belastung beim Heben und Tragen übermässig ist, lässt sich hingegen durch Wägen der Lasten feststellen. Psychische Risiken und Persönlichkeitsverletzungen sind bei einem Betriebsbesuch zum grössten Teil nicht sichtbar und nicht objektiv feststellbar. Psychische Belastungen erscheinen bei der Betrachtung an einem Stichtag vielleicht unbedeutend und sind nicht einmal einer Erwähnung wert; sie entfalten ihre schädliche Wirkung oft erst durch ihre Dauer. Was Arbeitnehmende zu Beginn eines Arbeitsverhältnisses noch locker wegstecken, wird auf die Dauer zum Problem. Konflikte, Mobbing und Diskriminierungen sind ebenfalls Vorgänge, die meist unschwerwiegend und über längere Zeit ablaufen. Reorganisationen andererseits betreffen meist nur einen bestimmten Zeitraum, so dass sie bei einem Betriebsbesuch der Vollzugsorgane schon vorbei oder noch nicht angelaufen sind. Was also soll denn da bei einer «Inspektion» überhaupt geprüft werden?
- 691 Der eine Ausweg aus diesen Dilemmata ist das Konzept der **Gefährdungsbeurteilung**⁸⁵. Bei diesem Modell besteht Inspektion darin zu kontrollieren, ob eine Gefahrenanalyse und ein Massnahmenplan vorliegen, und ob die Betriebe ihre Dokumentationspflichten erfüllt haben. Dieses Konzept versagt

⁸¹ Direkte Rückschlüsse auf die Arbeitsbedingungen lassen sich allerdings allein aufgrund dieser Zahlen (noch) nicht machen, und die Forschung über Fluktuation weist noch zahlreiche Lücken auf (NEUHAUS, S. 29 f.). S. auch WOHLGEMUTH, S. 209 und 247.

⁸² SECO, Wegleitung Art. 73 ArGV1, S. 173 – 2.

⁸³ Oben Rz. 602 ff.

⁸⁴ Oben Rz. 296.

⁸⁵ Oben Rz. 564 ff.

aber weitgehend bei der Ermittlung von psychischen Belastungen und beim Ableiten von Massnahmen daraus, wie dies Erfahrungen in Ländern der EU gezeigt haben⁸⁶.

Eine andere Methode der Überwachung durch Aufsichtsbehörden besteht in **Befragungen vor Ort**. Ein Interview mit der Unternehmensführung zur Feststellung von möglichen psychischen Risiken und fehlenden Ressourcen hat zwei Schwachpunkte: Es dürfte schwierig sein Personen zu finden, die ehrlich und selbstkritisch Auskunft geben und die Situation der Arbeitnehmenden an allen verschiedenen Arbeitsplätzen, in verschiedenen Abteilungen und Hierarchiestufen kennen. Das andere Problem ist, dass die Aufsichtspersonen, die eigentlich überprüfen und kontrollieren sollen, Gefahr laufen, in eine Beratungsrolle abzudriften⁸⁷.

Bleibt also noch die **Befragung der Arbeitnehmenden**. Wie wir schon gesehen haben, ist es für die Betriebe selber sehr schwierig, sowohl den Input, wie den Output psychischer Arbeitsbelastungen bei ihren Mitarbeitenden feststellen zu können. Es gibt zwar zahlreiche Erhebungsinstrumente, ihr do-it-yourself-Einsatz in den Betrieben ist aber problematisch⁸⁸. Befragungen durch Arbeitsinspektorate mit entsprechendem Fachwissen könnten zu verlässlicheren Ergebnissen führen. Die Aufsichtsbehörden haben auch die Möglichkeit, einen Quervergleich mit anderen Unternehmen herzustellen⁸⁹ und können dadurch Resultate einzelner Betriebe besser interpretieren, insbesondere, wenn Erhebungen regelmässig und breit durchgeführt werden.

Befragungen durch Arbeitsinspektorate haben auch den Vorteil, dass diese unter dem Amtsgeheimnis stehen und den Arbeitnehmenden dadurch Anonymität verlässlich zusichern können. Bei betriebsinternen Erhebungen ist dies nämlich trotz aller verbalen Beteuerungen für Arbeitnehmende immer ein Unsicherheitsfaktor. Der Nachteil, dass Befragte selber (seien es Arbeitnehmende oder Vorgesetzte) die psychischen Belastungen und die fehlenden Ressourcen nicht adäquat beschreiben und sich selber nicht richtig einschätzen können, bleibt jedoch nach wie vor eine Schwachstelle⁹⁰.

Dennoch ist unabdingbar, dass sich die Kontrolltätigkeit beim **psychischen Gesundheitsschutz** nicht auf Betriebsbesuche beschränken darf, sondern neue Methoden eingesetzt werden müssen. Den Vollzugsbehörden kommt dabei der technische Fortschritt mit der Informationstechnologie entgegen, umso weniger ist es gerechtfertigt, dass sie in einem Selbstverständnis von

⁸⁶ Ausführlich dazu oben Rz. 574 ff.

⁸⁷ Dazu oben Rz. 668 f.

⁸⁸ Ausführlich dazu oben Rz. 404 ff.

⁸⁹ Vgl. oben Rz. 415.

⁹⁰ Dazu oben Rz. 418 ff.

Überwachung und Kontrolle verhaftet bleiben, das im 19. Jahrhundert noch seine Berechtigung hatte⁹¹.

- 696 Dänemark hat z.B. mit einer Gesetzesnovelle 2007 die **Inspektionstätigkeit** spezifisch für die Bekämpfung psychosozialer Risiken mit einer Reihe von Massnahmen **verbessert**. Es werden spezifische Inspektionskampagnen mit diesem Fokus durchgeführt. Zusammen mit dem Einsatz eines neuen Tools zum Erkennen und Priorisieren von psychischen Arbeitsbelastungen wurden auch die Inspektorinnen und Inspektoren speziell für dieses Thema geschult⁹². Unterstützt wird alles durch regelmässige Öffentlichkeitsarbeit. Dieses «package of activities» bedurfte eines zusätzlichen Budgets und einer Aufstockung des Personalbestandes⁹³. Auch in anderen Ländern ist eine Tendenz zu erkennen, die Inspektionstätigkeit zum besseren Schutz vor psychischen Risiken zu stärken⁹⁴.

IV. Neue Ansätze

1. Ausgangslage

- 697 Für Arbeitsschutzbehörden ist es schwierig, den *psychischen Risiken* an den Arbeitsplätzen auf die Spur zu kommen. Es gehen bei ihnen wohl weiterhin nur wenige Anzeigen über Missstände ein, selbst wenn die Bedingungen dafür verbessert werden sollten. Die Überwachung der Arbeitsbedingungen in den Betrieben benötigt viel qualifiziertes Personal, aber die Budgets sind begrenzt und dürften es bei realistischer Einschätzung auch bleiben. Daher sind **neue Wege** zu suchen, damit Gesundheitsschutz nicht zur «Privatsache» verkommt⁹⁵.
- 698 Das geltende Recht bietet laut den vorstehenden Ausführungen den Vollzugsbehörden bereits mehrere Möglichkeiten, um vom Röhrenblick auf einzelne Betriebe und der Input-Überwachung einzelner Arbeitstätigkeiten weg zu kommen und **neue Methoden** zur Bekämpfung psychischer Risiken anzuwenden, ohne dass Anpassungen der gesetzlichen Grundlagen nötig wären, wie wir eben gesehen haben. Weitere Methoden und Ansätze, die zur Verbesserung des psychischen Gesundheitsschutzes beitragen könnten, bedürften

⁹¹ REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 183.

⁹² RASMUSSEN u.a., S. 568 f.

⁹³ RASMUSSEN u.a., S. 570.

⁹⁴ LIPPEL/QUINLAN, S. 544 m.w.H.

⁹⁵ Begründung Postulat NR Max Chopard-Acklin «Senkung der Gesundheitskosten durch die Arbeitsinspektorate» (Gesch.-Nr. 10.3379) vom 7.6.2010; oben Rz. 160 und 643.

jedoch einer Anpassung auf Gesetzes- oder allenfalls Verordnungsebene. Diese werden nun im Folgenden beleuchtet.

2. Vereinbarungen über Präventionsziele

Die **Niederlande** kennen seit 1999 ein Konzept, wonach Arbeitsschutzbehörden mit den Sozialpartnern einzelner Branchen Vereinbarungen schliessen, in denen messbare Ziele, z. B. Reduktion der krankheitsbedingten Absenzen um 20% in zwei Jahren, definiert werden⁹⁶. Zwischen 1999 und 2007 wurden insgesamt 69 solcher «arbo-convenanten» erarbeitet⁹⁷. Etwa ein Fünftel der Abkommen betrafen Massnahmen im Zusammenhang mit psychischer Gesundheit hinsichtlich Arbeitsbedingungen, wie Gewalt und Belästigung (z. B. bei der Polizei, im Gesundheitswesen), oder sie befassten sich mit Arbeitsdruck und Stress (z. B. Bankensektor, Schulen, Behörden, Reinigungsdienstleister)⁹⁸. Die Erfahrungen sind positiv, konnte doch die Rate der krankheitsbedingten Absenzen in den Betrieben mit solchen Vereinbarungen gesenkt werden, während sie in den übrigen Branchen gleich geblieben ist⁹⁹. 699

Dieses **Modell** ist nicht uninteressant. Es entbindet jedoch die Arbeitsschutzbehörden in den Branchen, in denen keine Vereinbarungen getroffen werden konnten, nicht davor, ihre Funktion in herkömmlicher Weise auszuüben. Es fragt sich auch, ob sich dieses Konzept für die Schweiz mit ihrer schlechten gewerkschaftlichen Abdeckung eignet. Ausserdem ist zu befürchten, dass ein solches Modell Präsentismus und Diskriminierungen fördert, weil jeder erkrankten Person droht, für das Verfehlen des Ziels verantwortlich zu sein. Aus diesen Gründen scheint ein solches Modell für die Schweiz mit ihrem geringen Kündigungsschutz nicht geeignet. 700

3. Abgangsbefragungen

Beim psychischen Gesundheitsschutz ist man zu einem grossen Teil auf **Informationen der Arbeitnehmenden** angewiesen¹⁰⁰. Während des Arbeitsverhältnisses ist ihre Befragung mit zahlreichen Schwierigkeiten verbunden¹⁰¹. Verlassen sie jedoch eine Arbeitsstelle, fallen viele Hindernisse weg. Der Grund für einen Stellenwechsel liegt nur teilweise in den positiven Erwartungen an eine neue Stelle, zum anderen Teil in den negativen Erfahrun- 701

⁹⁶ VEIGEL, S. 78 ff.

⁹⁷ www.arboportaal.nl/vragen/wat-is-de-relatie-tussen-arboconvenanten-en-arbocatalogi.html?

⁹⁸ PRINS/HEIJDEL, S. 29.

⁹⁹ PRINS/HEIJDEL, S. 29.

¹⁰⁰ Dazu oben Rz. 407 f.

¹⁰¹ Oben Rz. 418 ff.

gen am bisherigen Arbeitsplatz. Diese müssen nicht alle mit den Arbeitsbedingungen zusammenhängen, die Arbeitnehmenden werden aber wohl nie ehrlicher über wahrgenommene Arbeitsbelastungen und fehlende Ressourcen Auskunft geben, als beim Verlassen einer Arbeitsstelle.

- 702 Man muss allerdings in Rechnung stellen, dass die Beurteilung nach einem Stellenwechsel **negativ überhöht** sein könnte, da es angesichts der Trägheit von Menschen einen Leidensdruck braucht, um eine bekannte Situation zu verlassen. Infolge einer Kündigung seitens der Arbeitgeberin wird die Vergangenheit wohl schwärzer gesehen, als es der Realität entsprach. Diese negative Überhöhung ist das Gegenstück zur tendenziell positiven Überhöhung der Antworten bei einem bestehenden Arbeitsverhältnis¹⁰². Daraus folgt, dass die jeweiligen Ergebnisse entsprechend zu interpretieren sind.
- 703 Führen Arbeitsinspektorate Abgangsbefragungen durch, sammeln sie Informationen (auf seriösere Weise), die heutzutage ohnehin in den Social Medias zu finden sind, allerdings uneinheitlich und unvollständig. Die Behörde kann sich aber ein **vollständigeres Bild** verschaffen, das ihr insbesondere Quervergleiche mit ähnlichen Betrieben erlaubt, was wiederum hilft, «schwarze Schafe» zu identifizieren, bei denen dann eine eingehendere Untersuchung angezeigt ist. Eine Behörde untersteht zudem dem Amtsgeheimnis und kann den Arbeitnehmenden Gewähr für Diskretion bieten.
- 704 Die Ergebnisse von Abgangsbefragungen können im **öffentlichen Beschaffungswesen** helfen, die Vorschrift zu überprüfen, dass Aufträge nur an Anbieter vergeben werden, welche die Arbeitsschutzbestimmungen einhalten (Art. 8 Abs. 1 lit. b BöB). Dafür sind nach dem Vorschlag für ein revidiertes Gesetz ohnehin entsprechende Listen zu führen (Art. 49 EBöB¹⁰³). Ausserdem sind im Vorentwurf empfindliche Konventionalstrafen im Fall der Nichteinhaltung von rechtlichen Anforderungen vorgesehen (Art. 56 Abs. 2 EBöB).
- 705 Die von den Arbeitnehmenden bei einem Stellenwechsel gelieferten Informationen geben allenfalls Auskunft über die Arbeitsbedingungen in der **Vergangenheit**, obwohl sich Prävention eigentlich um die Zukunft kümmern sollte. Aber die Erfahrungen aus der Vergangenheit helfen, die Situation zu beurteilen im Hinblick auf präventive Interventionen. Eine solche Erhebung hätte den Vorteil, dass durch die Abfrage der Arbeitsbedingungen Informationen über den Input psychischer Belastungen zusammenkommen, gleichzeitig aber auch der Output registriert werden kann, wenn das Arbeitsinspektorat

¹⁰² Oben Rz. 419.

¹⁰³ Vorentwurf vom 30. Mai 2008 (www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung). Es liegt noch keine Botschaft des BR für eine Revision des BöB vor (Ende Dezember 2012).

auf diesem Weg erfährt, wie viele Arbeitnehmende wegen Erkrankung oder vorzeitiger Pensionierung aus dem Erwerbsleben ausscheiden¹⁰⁴, selbst wenn diese dann darauf verzichten, sich an der Befragung zu beteiligen.

Zu lösen wäre noch der **praktische Ablauf**, ohne dass die Betriebe mit zusätzlichem Aufwand belastet werden¹⁰⁵, andererseits aber die Befragung auch nicht torpedieren und manipulieren können. Verlässt jemand eine Arbeitsstelle, ist dieses Ausscheiden von den Arbeitgebenden der AHV-Ausgleichskasse zu melden. Ein Vorschlag zur Verbesserung der Prävention wäre es, diese zu verpflichten, dem Arbeitsinspektorat am Sitz des Unternehmens, jeweils die Adresse der bei ihnen versicherten Person mit Angabe des Unternehmens, welches diese verlassen, zu übermitteln (was mit wenig Aufwand elektronisch erfolgen kann¹⁰⁶). Das Arbeitsinspektorat kann aufgrund der Meldung den ausgetretenen Arbeitnehmenden per Post und elektronisch einen Fragebogen zustellen und gegebenenfalls auch zusätzlich oder ergänzend telefonischen Kontakt mit ihnen aufnehmen. Die so zusammen gekommenen Informationen erlauben es den Vollzugsbehörden, ihre knappen Mittel in der Folge bei denjenigen Betrieben oder Branchen einzusetzen, wo sich die Situation als besonders verbesserungswürdig erweist.

Für den Datenaustausch unter den Behörden besteht bereits mit Art. 44 ArG eine **gesetzliche Grundlage**, und die Auskunftspflicht der Arbeitnehmenden ist in Art. 45 ArG geregelt. Die Bestimmungen über die Dokumentationssysteme (Art. 44b ArG) und die Verordnungsbestimmungen wären wohl noch anzupassen. Dies im Detail auszuarbeiten, würde hier aber zu weit führen.

4. Veröffentlichung von Indikatoren

Bestehen solche betriebsbezogenen Daten, stellt sich die Frage, ob sie zu veröffentlichen sind¹⁰⁷. Dass ein solches Bedürfnis seitens der Arbeitnehmenden und der Öffentlichkeit besteht, zeigen die vermehrt auftauchenden privaten Rankings¹⁰⁸. Damit «das Licht des Rechts» den inneren Bereich der Be-

¹⁰⁴ Diese Angaben könnten die bereits bekannten Daten der SAKE ergänzen; vgl. z.B. KOLLY, S. 19 ff. und 27 ff.

¹⁰⁵ Dies ist der grosse Nachteil der von LETSCH vorgeschlagenen jährlichen Berichterstattungspflicht (LETSCH, Rz. 361).

¹⁰⁶ Die IAO empfiehlt den Aufsichtsbehörden vermehrt auf Internet und elektronische Kommunikation zurückzugreifen (ILO, Arbeitsaufsicht, S. 63).

¹⁰⁷ Auch LETSCH (Rz. 361) schlägt eine Veröffentlichung der vom SECO gesammelten Daten (über Work-Life-Balance) vor.

¹⁰⁸ Z.B. das Burnout-Ranking, oben Rz. 414.

triebe erreicht, muss danach getrachtet werden, diesen Bereich nach aussen **transparent** zu machen¹⁰⁹.

- 709 Beim Abschluss eines Arbeitsvertrages besteht i.d.R. ein **Ungleichgewicht der Informationen** zwischen den Parteien. Arbeitnehmende haben im Rekrutierungsverfahren Auskunft- und Offenbarungspflichten¹¹⁰. Sie müssen der Gegenpartei zahlreiche Informationen und Unterlagen liefern mit entsprechenden Sanktionen, falls diese unterblieben oder nicht der Wahrheit entsprechen¹¹¹. Wollen sie ihrerseits in Erfahrung bringen, wie die Arbeitsbedingungen in einzelnen Betrieben sind, und ob beim Abschluss des Vertrages belastende Arbeitsbedingungen zu erwarten sind, sind sie auf inoffizielle und meist unzuverlässige Informationskanäle angewiesen, da die Arbeitsinspektorate heute die von ihnen gesammelten Daten nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen bekannt geben müssen (Art. 44a ArG).
- 710 Eine Veröffentlichung von Daten über Personalfluktuationen und Beurteilungen von ausgetretenen Arbeitnehmenden würde ein Gleichgewicht der Informationen schaffen und Bedingungen für einen echten **Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt** herstellen. Arbeitnehmende könnten schon hinsichtlich des Vertragsschlusses beurteilen, ob Leistung und Gegenleistung äquivalent sind¹¹². Es bleibt ihnen nicht nur, sich nach Vertragsschluss auf eine Verletzung der Offenbarungspflicht¹¹³ seitens der Arbeitgeberin zu berufen, wenn sie diese im Nachhinein feststellen¹¹⁴. Eine Publikation der Ergebnisse von Abgangsmeldungen könnte also nicht als Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit gewertet werden¹¹⁵. Die dänische Arbeitsumweltbehörde veröffentlicht z.B. auf ihrer Website bereits die Ergebnisse ihrer Kontrollen und verleiht den Unternehmen mit guten Arbeitsbedingungen ein «Smiley»¹¹⁶.
- 711 Die Publikation von Indikatoren für die Qualität der Gesundheitsprävention einzelner Betriebe bedürfte einer **gesetzlichen Grundlage**. Als Vorbild könn-

¹⁰⁹ NOLL, S. 60.

¹¹⁰ PORTMANN, BSK, Art. 320 OR N 7 ff.; STAEHELIN, ZK, Art. 320 OR N 33 ff.

¹¹¹ PORTMANN, BSK, Art. 320 OR N 36; REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 320 OR N 35 ff.

¹¹² BRORS, S. 180.

¹¹³ Gemäss BRORS muss die Arbeitgeberin (nach deutscher Praxis) von sich aus vor Vertragsabschluss über Gesundheitsrisiken informieren (S. 184 f.), nicht aber über ihre Personalpolitik (S. 181). Die schweizerische Lehre hat sich damit nicht eingehend befasst (z.B. PORTMANN, BSK, Art. 320 OR N 2; REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 320 OR N 8; REHBINDER, Menschenbild, S. 130; WEBER-SCHERRER MARGRIT, Rechtliche Aspekte der Information zwischen Arbeitsvertragsparteien, Diss. Univ. Zürich 1999, S. 192).

¹¹⁴ BRORS, S. 185 f.

¹¹⁵ Dazu oben Rz. 537 ff.

¹¹⁶ ILO, Arbeitsaufsicht, S. 97 und www.at.dk.

ten die Bestimmungen gelten, die eine Veröffentlichung von Qualitätsindikatoren schweizerischer Spitäler auf der Homepage des Bundesamtes für Gesundheit¹¹⁷ ermöglichen (Art. 22a KVG und Art. 28b KVV).

Es ist legitim auf Unternehmen einen gewissen **indirekten Druck** auszuüben, damit sie auch den psychischen Arbeitsbelastungen und den fehlenden Ressourcen in ihrem Betrieb die nötige Beachtung schenken und Prävention am Arbeitsplatz überhaupt als gesetzliche Pflicht wahrnehmen. Im Gegenzug wird ihnen die Freiheit belassen, auf welchem Weg sie das Ziel einer permanenten Verbesserung der Arbeitsbedingungen erreichen¹¹⁸. 712

5. Qualitätsbescheinigungen

Anstatt Daten im Internet zu publizieren, könnten Arbeitsinspektorate eine **Qualitätsbescheinigung** ausstellen nach dem Vorbild der Lebensmittelin-spektion Zug: Die Gastronomie-Betriebe und Läden, die Lebensmittel verkaufen, erhalten eine «zusammenfassende Qualitätsbescheinigung über die lebensmittelrechtliche Sicherheit (Gesundheitsschutz, Täuschungsschutz und Lebensmittelhygiene). Die Bescheinigung basiert in der Regel auf den Kontrollerggebnissen der letzten drei ordentlichen Kontrollen»¹¹⁹. Gegen die Qualitätsbescheinigung besteht eine Einsprachemöglichkeit, und die Betriebe sind berechtigt, das jeweils aktuelle Dokument in ihrer Werbung und bei Internet-auftritten zu verwenden¹²⁰. 713

Mit diesem Ansatz kann das Bedürfnis der «Kundinnen und Kunden» nach Transparenz befriedigt werden. Zudem ist er für Betriebe ein positiver **An-reiz**, Rechtsnormen einzuhalten. Dieses Modell ermöglicht es den Behörden, angenehm in Erscheinung zu treten. Es verzichtet auf den «blame and shame-Effekt», sondern honoriert vielmehr Bemühungen der Unternehmen. 714

Den Arbeitsinspektoraten fehlen zurzeit die personellen Ressourcen, um in allen Betrieben regelmässige Kontrollen vorzunehmen. Qualitätsbescheinigungen aufgrund von Kontrollgängen wären ohnehin nur bei Sachverhalten möglich, die **klar messbar** sind (Anzahl Keime, Kühltemperatur, Inhalts- und Herkunfts-Deklarationen etc.). Diese Voraussetzungen fehlen beim komplexen Sachverhalt der Qualität von Arbeitsbedingungen, insbesondere bei den psychischen Arbeitsbelastungen und Ressourcen. Aus diesem Grund ist es nicht sinnvoll, diesen Ansatz im Arbeitsschutz zu übernehmen. 715

¹¹⁷ www.bag.admin.ch/hospital.

¹¹⁸ FUNK, S. 33.

¹¹⁹ § 63 Abs. 1 V über das Gesundheitswesen im Kanton Zug (Gesundheitsverordnung, GesV) vom 30. Juni 2009, BGS 821.11.

¹²⁰ § 64 und 63 Abs. 4 GesV ZG.

6. Bewertung neuer Ansätze

- 716 Die vorstehend besprochenen neuen Ansätze der Überwachung tragen dem Umstand Rechnung, dass der Schutz vor psychischen Risiken am Arbeitsplatz nur bis zu einem gewissen Grad durch Konkretisierung der materiellen Rechtsnormen verbessert werden kann. Eine Überwachung von **konditional programmierten** Rechtsnormen durch die Vollzugsbehörden ist nur bei den Arbeitszeiten und den wenigen klar umschreibbaren Präventionsmassnahmen möglich.
- 717 Diese neuen Ansätze helfen, die **finale Programmierung** zu verwirklichen, auf die der psychische Gesundheitsschutz besonders angewiesen ist. Sie stehen für eine Wende vom Repressiv- zum Präventivprinzip¹²¹. Wegen der geringeren Determinierungsmöglichkeiten und der schwierigen direkten Kontrollierbarkeit, sind solche Ansätze bei psychischen Risiken als «die wirksamen Mittel zur Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften» gemäss IAO-Übereinkommen Nr. 81 zu bewerten¹²².

D. Sanktionen

- 718 Mit einer konsequenten verwaltungsrechtlichen Durchsetzung des Arbeitsgesetzes und neuen Ansätzen der Überwachung könnten voraussichtlich arbeitsbedingte Erkrankungen besser verhindert und ein Teil der Milliardendefizite der Invalidenversicherung reduziert werden¹²³. Ohne das zusätzliche **Steuerungselement** von Sanktionen kommt freilich keine Rechtsverwirklichung aus¹²⁴, daher enthält auch das Arbeitsgesetz verwaltungs- und strafrechtliche Sanktionen¹²⁵. Zudem kommt allein schon den Sanktionsdrohungen eine generalpräventive Wirkung zu¹²⁶.
- 719 **Schärfere Sanktionen** mögen der Rechtsverwirklichung Vorschub leisten, wie sich in den letzten Jahren z.B. beim Wettbewerbsrecht ablesen lässt. In jüngster Zeit werden zunehmend Stimmen laut, die für Diskriminierungen

¹²¹ REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 173; SCHNEIDER U., S. 46.

¹²² Oben Rz. 674.

¹²³ LÄUBLI/MÜLLER, S. 29.

¹²⁴ Fehlende Sanktionen sind denn auch ein Grund, weshalb sich die Internationalen Arbeitsstandards der IAO als zu wenig wirksam erweisen (FICHTER/ZEUNER, S. 341).

¹²⁵ Oben Rz. 63 ff.

¹²⁶ HACHEM, S. 199; HOEL/EINARSEN, S. 38; JUNG PETER/KRAMER ERNST A., Vorwort zu: Wolf Salome/Mona Martino/Hürzeler Marc (Hrsg.), Prävention im Recht, Basel 2008, S. V-VI., S. V; REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 115; SEILER, Abschlussbericht, S. 21.

und psychische Belästigungen (über den Straftatbestand der sexuelle Belästigung gem. Art. 198 StGB hinaus) strafrechtliche Sanktionen fordern¹²⁷.

Zur Verbesserung der Prävention spezifisch im **psychischen Gesundheitsschutz** und bei Verletzungen der persönlichen Integrität stellen sich hier 720 grundsätzlich keine anderen Probleme, als sie auch für die Prävention physischer Arbeitsbelastungen bestehen: Je konkreter das gebotene Verhalten gesetzlich umschrieben werden kann, desto eher können Sanktionen verhängt werden, die vor dem Legalitätsprinzip Bestand haben. Verbesserungen des psychischen Gesundheitsschutzes sind neben einer Konkretisierung des materiellen Rechts insbesondere in der Verstärkung der Aufsicht durch die Behörden zu suchen. Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, bestehen mit tatsächlicher Umsetzung und Anpassung der herkömmlichen Vorgehensweisen schon einige Möglichkeiten, die mit neuen Ansätzen ergänzt und verstärkt werden können.

¹²⁷ DEVEAUD-PLÉDRAN, S. 140 f.; UEBERSCHLAG JAKOB, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privaten Arbeitsverhältnis, Diss. Luzern 2009, Rz. 910 ff.

Teil 5: Verbesserungen im Zivilrecht

§ 1 Einleitung

Die vorangegangenen Teile der Untersuchung drehten sich um den öffentlich-rechtlichen Schutz vor psychischen Gesundheitsbeeinträchtigungen und vor Verletzungen der persönlichen Integrität. Der Schutz der Arbeitnehmenden ist aber nicht nur im öffentlichen Arbeitsrecht geregelt, für das der Leitfall 1 steht¹, sondern auch im **privaten Arbeitsrecht**, wie der Leitfall 2 veranschaulicht². Eine Abklärung von Verbesserungsmöglichkeiten, muss sich nun auch auf diese zweite Schiene der Prävention begeben³. Um den Bedarf und die Auswirkungen von Vorschlägen aber beurteilen zu können, ist es nötig, das Verhältnis dieser beiden «Präventions-Schienen» (bzw. der zwei Welten⁴) zueinander zu verdeutlichen bzw. zu klären⁵. 721

A. Interessen

Zunächst geht es bei den öffentlichrechtlichen und den privatrechtlichen Präventionsbestimmungen um **unterschiedliche Interessen**: Führen Arbeitgebende Massnahmen gemäss Art. 6 ArG durch, erfüllen sie eine Pflicht gegenüber dem Staat, die darin besteht, dafür zu sorgen, dass ihr Personal (als Kollektiv) nicht wegen Umständen am Arbeitsplatz erkrankt oder Persönlichkeitsverletzungen erleidet; es geht hier um öffentliche Interessen, also Bedürfnisse des Staates. Artikel 328 OR regelt hingegen eine Pflicht zwischen zwei individuellen Personen, die durch einen Arbeitsvertrag miteinander verbunden sind. Hier geht es um einen Ausgleich der Interessen dieser beiden Personen⁶. 722

Der unterschiedliche Zweck wird bei der **Rechtsdurchsetzung** deutlich⁷: der Staat setzt seine Interessen mit den Mitteln des Verwaltungsrechts und seinen 723

¹ Oben Rz. 23 ff.

² Oben Rz. 30 ff.

³ Prävention wird bisweilen als «fremder» Zweck insbesondere des Schadenersatzrechts gesehen (WAGNER, S. 362 f.), was einer realistischen Betrachtung jedoch nicht Stand hält (WAGNER, S. 364 ff.).

⁴ BRÜCKNER, S. 36.

⁵ Dass der persönliche Geltungsbereich von Art. 328 OR und Art. 6 ArG nicht ganz deckungsgleich sind, wurde eingangs schon erwähnt (oben Rz. 117 ff.)

⁶ MOOR, S. 135.

⁷ TSCHUDI, Arbeitsrecht, S. 446.

eigenen Behörden hoheitlich durch, wenn diese eine Vernachlässigung der vorgeschriebenen Pflichten feststellen (z.B. im Leitfall 1: Erlass einer Verfügung, wonach die Treuhandfirma eine externe Vertrauensperson bezeichnen muss). Die Vertragsparteien im Arbeitsverhältnis hingegen setzen sich laufend explizit oder implizit damit auseinander, ob die andere Partei die versprochenen (oder sich aus dem Vertragsrecht ergebenden) Pflichten erfüllt. Ist dies nicht oder nicht in genügendem Mass der Fall, muss diejenige Partei, die ein Defizit behoben haben will, sich bei der anderen bemerkbar machen. Wenn dies aber nichts hilft, wird ihr Recht nur verwirklicht, wenn sie aktiv wird und ein Gericht anruft (z.B. im Leitfall 2: Genugtuung für die Folgen von «surmenage» einklagt).

B. Schutzbereich

- 724 Sowohl Art. 6 ArG wie Art. 328 OR nennen **Gesundheit** und **persönliche Integrität** als zu schützende Rechtsgüter. Beide Bestimmungen auferlegen Arbeitgebenden die Pflicht dafür zu sorgen, dass diese Rechtsgüter bei ihren Arbeitnehmenden geschützt werden. Sie müssen diese Pflicht präventiv, d.h. zeitlich vor Eintritt dieser Rechtsgutverletzung erfüllen.

- 725 Auch die **Art und Weise**, wie diese Pflicht zu erfüllen ist, umschreiben die beiden Gesetzesbestimmungen fast identisch: Es sind nämlich

Massnahmen zu treffen,
die nach der Erfahrung notwendig,
nach dem Stand der Technik anwendbar und
den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind.

Artikel 6 Abs. 1 ArG ergänzt, dass «alle» Massnahmen zu treffen sind und Art. 328 Abs. 2 OR präzisiert:

soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihm billigerweise zugemutet werden kann.

- 726 Der fast übereinstimmende **Wortlaut** entspringt einer gesetzgeberischen Absicht bei der Revision von Art. 328 Abs. 2 OR⁸:

Um die Verbindung mit der entsprechenden öffentlichrechtlichen Pflicht, wie sie das Arbeitsgesetz (Art. 6 Abs. 1) ... festgelegt (hat), herzustellen und zum Ausdruck zu bringen, dass es sich – soweit der Geltungsbereich dieser Gesetze reicht – im Grunde um eine einheitliche Pflicht handelt, ist der Wortlaut von Absatz 2 den genannten Gesetzesbestimmungen angeglichen worden.

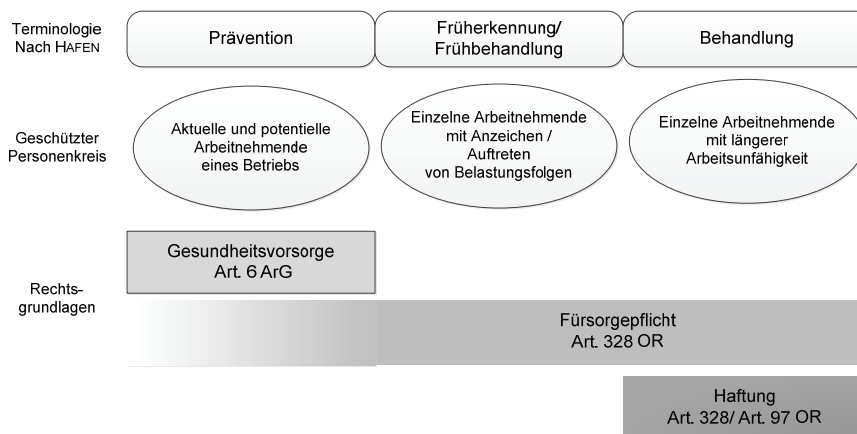
⁸ Botschaft des Bundesrates zur Revision des Zehnten Titels^{bis} des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) vom 25. 8. 1967, BBl 1967, S. 345 f.

Trotz fast gleichem Wortlaut ist zu klären, ob die vertragliche Pflicht zur Prävention gem. Art. 328 OR **deckungsgleich** ist mit der Auslegung der öffentlichrechtlichen Pflicht gem. Art. 6 ArG. 727

§ 2 Durchsetzung von Präventionsmassnahmen

A. Interventionszeitraum

- 728 Eine klare **Abgrenzung** der vertraglichen gegenüber der arbeitsgesetzlichen Schutzpflicht ergibt sich durch unterschiedliche Interventionszeiträume. Aufgrund des Schutzzwecks hat im Kontinuum von Prävention – Früherkennung/Frühbehandlung – Behandlung die Intervention zum Schutz der Gesundheit aufgrund des ArGs in der Phase Prävention zu erfolgen, also *bevor* bei einzelnen Beschäftigten der Verlauf in die Phase Früherkennung übergegangen ist¹. Ist das Risiko eingetreten, bleibt bei der betroffenen Person logischerweise kein Raum mehr zur Verhinderung dieses Risikos.



- 729 Sobald bei einer einzelnen arbeitnehmenden Person Anzeichen von Belastungsfolgen zu erkennen sind, bedarf *diese* Person des Schutzes durch ihre Arbeitgeberin, soweit es dieser «billigerweise zugemutet werden kann». Die **vertragliche Fürsorgepflicht** einer Arbeitgeberin gegenüber ihrer Vertragspartei muss sich zwar auch auf die Phase Prävention beziehen, wenn Gefährdungen vorhersehbar sind; sie bleibt aber (anders als die öffentlichrechtliche Pflicht) auch in der Phase Früherkennung erhalten bzw. kommt gerade hier zum Tragen. Die Erfüllung wird ja von einzelnen Arbeitnehmenden (wenn überhaupt) erst geltend gemacht, wenn sie sich gefährdet fühlen, d.h. aber, dass die Phase Prävention in die Phase Früherkennung übergegangen ist. Weitere Rechtsansprüche wie Schadenersatz und Genugtuung setzen dann

¹ Oben Rz. 449 ff.

schon die Verwirklichung des Risikos, d.h. Erkrankung oder Persönlichkeitsverletzung voraus (was der Phase Behandlung entspricht).

Diese Abgrenzung kann noch durch weitere Überlegungen aus **der Optik der Arbeitgeberin** bestätigt werden. Ihr kann in einem konkreten Fall der Vorwurf einer Vertragsverletzung nur gemacht werden, wenn sie eine entsprechende Sorgfaltspflicht kennt oder kennen konnte. Leidet z.B. einer ihrer Arbeitnehmer unter einer Rauchallergie², kann ihr die Verletzung des Schutzes der Gesundheit dieses Arbeitnehmers gemäss Art. 328 OR nur zum Vorwurf gemacht werden, wenn sie von diesem spezifischen Schutzbedürfnis überhaupt wusste, denn eine Rauchallergie ist selten und ohne den Hinweis der betroffenen Person nicht zu erkennen. Art. 6 ArG umfasst den Schutz von (innerhalb einer realistischen Bandbreite) «gewöhnlichen» Arbeitnehmenden³ und vor bekannten Gesundheitsbeeinträchtigungen wie z.B. Passivrauch. Es wäre aber unverhältnismässig, von allen Betrieben Präventionsmassnahmen zu verlangen, die für vereinzelte Arbeitnehmende mit seltenen gesundheitlichen Vorbelastungen erforderlich sind⁴. 730

Aufgrund dieser Abgrenzung ist ersichtlich, dass zum einen die Adressaten von Art. 6 ArG wie nach Art. 328 OR mit «dem Arbeitgeber» identisch sind. Zum anderen besteht der **Kreis der geschützten Personen** zwar nach beiden Bestimmungen aus *den Arbeitnehmenden*, dieser umfasst jedoch aufgrund des unterschiedlichen Schutzzweckes nicht identische Individuen. Der arbeitsgesetzliche Schutz kann sich nämlich nicht nur auf die gerade zurzeit im Betrieb Beschäftigten beschränken, sondern muss auch die potenziellen Arbeitnehmenden im Auge haben⁵. Eine vertragliche Pflicht kann man hingegen nur gegenüber *der* Person haben, mit der ein aktuelles Arbeitsverhältnis besteht⁶. 731

B. Umfang der Pflicht zum Ergreifen von Massnahmen

I. Unterschiede zum öffentlichen Arbeitsrecht

Aus der beschriebenen Abgrenzung folgt dann wiederum, dass der **Umfang der Präventionspflicht** gemäss Art. 6 ArG nicht derselbe sein muss wie gemäss Art. 328 OR, auch wenn er in vielen Fällen deckungsgleich ist, wie 732

² Beispiel gem. BGE 132 III 257, E. 5.5.

³ Oben Rz. 245 ff., insbesondere Rz. 249.

⁴ S. auch unten Rz. 736.

⁵ Also am Beispiel des Leitfalls 1 auch *künftige* Arbeitnehmende im Treuhandbüro, die vielleicht einmal einen Konflikt mit einem Vorgesetzten haben könnten, so dass *heute* die Bezeichnung einer Vertrauensperson erforderlich ist; Oben Rz. 247 ff.

⁶ Hier einmal abgesehen von vorvertraglichen und nachvertraglichen Pflichten.

schon die beiden fast identischen Umschreibungen der geforderten Massnahmen zeigen⁷.

- 733 Im privatrechtlichen Bereich ergeben sich die **Grenzen des Schutzes** vor Beeinträchtigungen der Gesundheit und der persönlichen Integrität durch die Interessen der beiden *Vertragsparteien*⁸. Dabei können im Einzelfall ähnliche Überlegungen eine Rolle spielen, wie bei der Auslegung von Art. 6 ArG, wo es aber allein darum geht, was der *Staat* zur Wahrung der öffentlichen Interessen von den Unternehmen aus Gründen der *Verhältnismässigkeit* noch verlangen kann. Bei der Auslegung von Art. 328 OR muss hingegen die Frage geklärt werden, wieweit die Interessen der Arbeitnehmenden einen Schutz erfordern, und wo die berechtigten Interessen der Arbeitgebenden nach *Treu und Glauben* eine Begrenzung gebieten⁹. Damit ist der Bezug hergestellt zur Ergänzung von Art. 328 Abs. 2 OR «soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihm billigerweise zugemutet werden kann»¹⁰.
- 734 Obwohl Art. 6 Abs. 1 ArG und Art. 328 Abs. 2 OR fast gleich formuliert sind, muss demnach die Auslegung dieser beiden Bestimmung im **Einzelfall** nicht zu einem übereinstimmenden Ergebnis kommen, da bei der Auslegung unterschiedliche Zwecke massgebend sind und die Interessen nach öffentlichen bzw. privatrechtlichen Bestimmungen verschieden sind. Wo verlaufen nun aber die jeweils unterschiedlichen Grenzen?

II. Grenze nach unten

- 735 Mit dem Abschluss eines Arbeitsvertrages erfolgt eine **Einwilligung** der Arbeitnehmenden in die offerierten Arbeitsbedingungen¹¹. Zu den vereinbarten Arbeitsleistungen gehören gewisse Umstände untrennbar dazu oder sind sozialadäquat (wie z.B. kurzfristige Belastungen, normale Ermüdung oder Frustration)¹². Arbeitnehmende können erst Schutzmassnahmen fordern ab der unteren Schwelle von Arbeitsbelastungen, wie sich diese aus dem öffentlichen Recht ergibt¹³, also z.B. Massnahmen gegen «Überbeanspruchungen»

⁷ STAEHELIN, ZK, Art. 328 OR N 4.

⁸ PORTMANN, BSK, Art. 328 OR N 2.

⁹ AEBI-MÜLLER, S. 35 FN 96 kritisiert zu Recht die Vermischung dieser beiden Gesichtswinkel in BGE 126 III 305, E. 4b aa; REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 7.

¹⁰ Botschaft des Bundesrates zur Revision des Zehnten Titels^{bis} des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) vom 25. 8. 1967, BBl 1967 II, S. 346.

¹¹ VON TROTHA, S. 92 f.

¹² REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 5; VON TROTHA, S. 102.

¹³ Dazu ausführlich oben Rz. 303 ff.

(gem. Art. 6 Abs. 2 ArG)¹⁴. Eine Einwilligung kann sich aber nur auf die unvermeidbaren Gefahren beziehen, denn auf die absolut zwingenden Bestimmungen zum Schutz der Gesundheit und der Persönlichkeit können Arbeitnehmende nicht gültig verzichten¹⁵.

Aufgrund der **Rezeptionsklausel** können Arbeitnehmende gegenüber ihrer Arbeitgeberin nur die nach ArG vorgeschriebenen Pflichten geltend machen, «wenn die Verpflichtung Inhalt des Einzelarbeitsvertrages sein könnte» (Art. 342 Abs. 2 OR)¹⁶. So hätte Inhalt eines Arbeitsvertrages sein können, dass eine Vertrauensperson für Konfliktfälle zur Verfügung steht (Leitfall 1). Am Beispiel des Rauchallergikers wird jedoch die unterschiedliche Grenze nach unten deutlich: Ein derart weitreichendes Rauchverbot, wie dies in seiner speziellen Situation nötig ist, kann man nicht aus dem öffentlichen Recht ableiten. Inhalt seines Arbeitsvertrages hätte dies erst werden können, wenn er seine individuellen Bedürfnisse angemeldet hätte. Dann befänden wir uns aber bereits in der Phase Früherkennung/Frühbehandlung, so dass ab diesem Zeitpunkt eine Schutzpflicht aufgrund der privatrechtlichen Fürsorgepflicht (und nicht gemäss öffentlichem Arbeitsrecht) besteht.

Das öffentlichrechtliche Arbeitsschutzrecht umschreibt also i.d.R. den auch für die privatrechtliche Fürsorgepflicht geltenden **Mindeststandard**¹⁷. Ein solcher Mindeststandard, also eine Untergrenze der Fürsorgepflicht kann sich im Weiteren auch aus den Interessen eines konkreten Arbeitnehmers oder einer einzelnen Arbeitnehmerin ergeben.

III. Weiterer Bereich der privatrechtlichen Fürsorgepflicht

Umgekehrt ist es nach dem Bundesgericht «nicht auszuschliessen», dass Art. 328 Abs. 2 OR die Arbeitgeberin zu einem **weiter reichenden Schutz** verpflichtet, als er aufgrund von Art. 6 ArG besteht¹⁸. Die Begründung liegt darin, dass die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer ein besonderes Schutzbedürfnis angemeldet hat, oder sich dies aus den Umständen ergibt¹⁹.

¹⁴ PORTMANN, BSK, Art. 328 OR N 21b; PORTMANN, Stresshaftung, S. 7.

¹⁵ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 13.57; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 341 OR N 2; TIESTE, Stress, S. 262 f.

¹⁶ Oben Rz. 170. Von der Rezeption ausgenommen sind sicher alle Bestimmungen betreffend die Behördenorganisation im ArG. (REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 16).

¹⁷ VON TROTHA, S. 257.

¹⁸ BGE 132 III 257, E. 5.5.

¹⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 17; TSCHUDI, Humanisierung, S. 483.

- 739 Das Wissen um psychische oder physische Probleme **erhöht die Fürsorgepflicht** der Arbeitgeberin²⁰. Arbeitsleistungen von offensichtlich gesundheitlich beeinträchtigten bzw. gesundheitlich gefährdeten Arbeitnehmenden sind allenfalls zurückzuweisen, um Präsentismus zu verhindern²¹. Auch die Leistung von Überstunden und Überzeit kann nur verlangt werden von Arbeitnehmenden, die physisch und psychisch dazu in der Lage sind²². Sofern und soweit dies aus gesundheitlichen Gründen geboten ist, sind «Home-Office-Arbeit» zu untersagen oder zusätzliche Erholungszeiten anzuordnen²³. Arbeiten dürfen nur in *dem* Mass zugewiesen werden, wie ihnen die Arbeitnehmenden gewachsen sind²⁴.

Massstab ist also, zu was der Arbeitnehmer fähig ist und nicht, zu was er fähig sein sollte²⁵.

Gehört ein Rauchallergiker zur Belegschaft, bedarf er aufgrund seiner konstitutionellen Prädisposition eines weiter reichenden Schutzes als durchschnittliche Arbeitnehmende²⁶. Die Anforderungen an Auswahl, Instruktion und Überwachung erhöhen sich, wenn es sich z.B. um Aushilfen oder Behinderte handelt²⁷.

- 740 Wenn und soweit **spezifische Schutzbedürfnisse** einzelner Arbeitnehmender der Arbeitgeberin bekannt sind oder bekannt sein müssten, gebietet die privatrechtliche Fürsorgepflicht, nach Treu und Glauben mit entsprechenden Massnahmen darauf Rücksicht zu nehmen²⁸. Gemäss Bundesgericht ist hier keine Objektivierung geboten; wenn sich Arbeitnehmende subjektiv beeinträchtigt fühlen, sind wirksame Schutzmassnahmen angezeigt²⁹. Ob in einem zivilrechtlichen Haftungsfall infolge konstitutioneller Prädisposition eine Reduktion des Schadens erfolgen könnte, ist dann freilich eine andere Frage³⁰.

²⁰ BGer vom 24.2.2010 8C_122/2009, E. 6.4.2.

²¹ BGE 126 III 75, E. 2.d; PÄRLI/HUG, S. 8.

²² BREGNARD-LUSTENBERGER, S. 102; MÜLLER ROLAND A., Art. 12 Abs. 1 ArG N 1; SENTI, Überstunden, S. 380.

²³ PÄRLI/HUG, S. 9.

²⁴ REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 20.

²⁵ PORTMANN, Stresshaftung, S. 8.

²⁶ BGE 132 III 257, E. 6.1; ABEGG/STEBLER, S. 1179 f.; PÄRLI, Rz.1354; PÄRLI/HUG, S. 8.

²⁷ REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 18.

²⁸ ABEGG/STEBLER, S. 1180; PÄRLI, Rz. 1354; PÄRLI/HUG, S. 8; PORTMANN, Stresshaftung, S. 8.

²⁹ BGE 132 III 257, E. 5.4.1. So auch PORTMANN, Stresshaftung, S. 8 bezüglich Überbeanspruchung. SONNENBERG, S. 69.

³⁰ Unten Rz. 792; Kritisch dazu DUNAND, S. 105, auch DEVEAUD-PLÉDRAN, S. 125; PORTMANN, Genugtuung, S. 4 m.w.H.

Verwirrlich sind all die in der Literatur anzutreffenden Begründungen für den weiteren Schutzbereich von Art. 328 OR, wonach Art. 6 ArG nur eine **Untergrenze**, nicht eine Obergrenze³¹ des zivilrechtlichen Schutzes bilde. Das kann so nicht gesagt werden. Art. 6 ArG umschreibt nämlich einfach das, was der Staat von den Betrieben erwartet und auch mit staatlichem Zwang durchsetzen kann und will. Dass durch Einzel- oder Gesamtarbeitsvertrag ein höheres Schutzniveau definiert werden kann, versteht sich von selbst aufgrund der Vertragsfreiheit³². Dies kann aber nicht der Grund sein, dass die relativ zwingende *Gesetzesbestimmung* von Art. 328 OR auch weiter reicht. Der Grund liegt an den aussergewöhnlichen spezifischen Interessen gewisser Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer, auf die ihre Arbeitgeberin als Vertragspartei billigerweise Rücksicht zu nehmen hat. Der Staat könnte aber aufgrund des öffentlichen Rechts nicht einen derart einzigartigen Schutzzumfang (auch für potentielle Arbeitnehmende) fordern, da dies unverhältnismässig wäre.

Eine **Obergrenze** der Fürsorgepflicht bilden die berechtigten Interessen der jeweiligen Vertragsparteien³³. Die Arbeitgeberin hat nur Massnahmen zu treffen, soweit sie das Arbeitsverhältnis betreffen³⁴. Sie darf aber auch nur soweit Eingriffe in die Persönlichkeit der Arbeitnehmenden vornehmen, als sie durch den Arbeitsvertrag gerechtfertigt sind³⁵. Die Überlegungen zur *Zumutbarkeit* sind grundsätzlich dieselben wie im öffentlichen Arbeitsschutz³⁶. Die Abwägung der Interessen des Betriebes erfolgt im konkreten Fall hier aber nicht mit den öffentlichen Interessen des Gesundheitsschutzes generell, sondern mit den Interessen der aktuellen Arbeitnehmenden des Unternehmens.

³¹ REHBINDER/STÖCKLI (BK Art. 328 OR N 18) und PORTMANN (BSK, Art. 328 OR N 11) leiten aus der Tatsache, dass Art. 342 Abs. 2 OR absolut zwingend ist, zudem ab, dass zu Lasten der Arbeitgeberin nicht über Art. 6 ArG hinausgehende Massnahmen gefordert werden können, dieser also auch eine Obergrenze des privatrechtlichen Umfangs der Schutzpflicht bilde. Dem kann nicht gefolgt werden. Der zwingende Charakter von Art. 342 Abs. 2 OR bezieht sich auf die Rezeption als solche, nicht auf den Inhalt der rezipierten Norm (im Ergebnis gleich mit anderer Begründung STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 6).

³² STAEHELIN, ZK, Art. 328 OR N 17.

³³ REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 6.

³⁴ S. aber zur Präzisierung oben Rz. 330 f.

³⁵ REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 4 f.

³⁶ Oben Rz. 514 ff.

C. Erkennbarkeit einer erhöhten Fürsorgepflicht

I. Probleme

- 743 Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, ist es für Unternehmen wichtig zu **erkennen**, wann bei einzelnen Arbeitnehmenden ein **erhöhter Schutzbedarf** besteht und sie mehr vorkehren müssen, als allgemein durch den öffentlichrechtlichen Arbeitsschutz geboten ist. Daran entscheidet sich u.U., ob im Einzelfall eine zivilrechtliche Haftung besteht oder eine Kündigung sich als missbräuchlich erweist³⁷.
- 744 Gerade **psychische Zustände** sind von aussen schwierig zu erkennen. Es wäre also im Interesse der Arbeitgebenden, frühzeitig auf einen erhöhten Schutzbedarf hingewiesen zu werden, und nicht u.U. erst im Haftungsprozess zu erfahren, was zu tun gewesen wäre. Es mag in Gesprächen zwischen Mitarbeitenden und ihren Vorgesetzten vielleicht zur Sprache kommen, dass Massnahmen zum Schutz vor psychischen Risiken oder vermehrte Ressourcen erwünscht wären. Seitens des Betriebes wird dies aber u.U. nicht als nötig oder zumutbar erachtet – zu Recht oder zu Unrecht. Auf der anderen Seite hegen Arbeitnehmende diesbezüglich Erwartungen – ebenfalls möglicherweise berechnete oder unberechtigte.
- 745 Erfolgt auf Hinweise wegen Gefährdungen keine Reaktion seitens des Betriebes, müssten diese Arbeitnehmenden Klage einreichen oder das Arbeitssinspektorat informieren; beides sind **hohe Hürden**. Solche Schritte unterbleiben meist³⁸ wegen der wirtschaftlichen Abhängigkeit, oder weil die Betroffenen schon selber genug mit der Situation zu kämpfen haben³⁹ und eine Retraumatisierung befürchten⁴⁰, aber auch wegen der unsicheren Prozesschancen.
- 746 **Verletzungen von Arbeitsschutzbestimmungen** werden häufig hingenommen und stillschweigend missachtet⁴¹. Im Interesse des Gesundheitsschutzes wäre es hingegen, dass die Situation geklärt würde. Dieses Anliegen könnte ein gesetzlich geregeltes betriebsinternes Verfahren unterstützen. Die Arbeitnehmenden bekämen damit ein strukturiertes Gefäss, um ihren Anliegen Nachachtung zu verschaffen, ohne rechtliche Schritte einleiten zu müssen, und die Arbeitgebenden würden rechtzeitig auf ihre Fürsorgepflicht aufmerksam.

³⁷ BGer vom 29.6.2012 4A_166/2012, E. 2; Urteil CAPH GE vom 4.2.2008, JAR 2009, S. 507–511, S. 509. Oben Rz. 175 ff.

³⁸ LUGINBÜHL, S. 70 f.

³⁹ Einen solchen Fall schildert LUGINBÜHL, S. 71 FN 46.

⁴⁰ LUGINBÜHL, S. 71.

⁴¹ PODEHL, S. 2092.

II. Gefährdungsanzeige

Arbeitnehmende hätten zwar heute schon das Recht, ihre Arbeitgeberin zu mahnen (Art. 102 Abs. 1 OR), d.h. anzuzeigen, dass sie eine Gefährdung ihrer Gesundheit oder Persönlichkeit befürchten. Auch gemäss Art. 10 Abs. 2 ArGV³ müssen Arbeitnehmende **Mängel melden**, welche die Gesundheitsvorsorge beeinträchtigen, wenn sie diese nicht selber beseitigen können. Vielen ist diese Rechtslage aber nicht bekannt, oder sie wissen nicht, dass sie auch Schutz vor *psychischen* Risiken am Arbeitsplatz beanspruchen können. Darum lohnt es sich, die aus der Praxis herausgewachsene Idee einer «Überlastanzeige»⁴² weiter zu verfolgen. 747

Ein solch **spezifisches Verfahren**, um den Bedarf nach arbeitsrechtlicher Fürsorge anzuzeigen, könnte als Abs. 3 von Art. 328 OR etwa so geregelt werden: 748

Arbeitnehmende sind berechtigt, Gefährdungen ihrer physischen oder psychischen Gesundheit oder ihrer persönlichen Integrität dem Arbeitgeber oder der Arbeitgeberin schriftlich anzuzeigen. Diese haben innert eines Monats Abhilfe zu schaffen oder schriftlich Stellung zu nehmen.

Es mag für weniger Sprach- oder Schreibgewandte den Schritt etwas erschweren, wenn die Anzeige **schriftlich** erfolgen muss. Dies ist einerseits aus Beweisgründen nötig und andererseits, um das Verfahren von sonstigen Mitteilungen abzuheben. Wenn sich ein solches Verfahren einmal etabliert hat, werden Dritte wie Ärztinnen, Therapeuten und Gewerkschaften wahrscheinlich Hilfe anbieten. Wo z.B. in grösseren Betrieben schon Einrichtungen (wie interne oder externe Vertrauenspersonen) bestehen, können diese damit betraut werden, solche Meldungen entgegen zu nehmen, um den Schritt für die Arbeitnehmenden zusätzlich zu erleichtern. 749

Die strukturierte Vorgabe für die **Reaktion** auf die Meldung soll für beide Seiten Klarheit schaffen: innert Monatsfrist kann die Arbeitgeberin Massnahmen treffen oder andernfalls begründen, weshalb sie der Meinung ist, dass sie nicht dazu verpflichtet sei. Dies ist insbesondere beim Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken ein adäquates Vorgehen, denn ob und wann welche Massnahmen und in welchem Umfang aufgrund von Art. 6 ArG oder Art. 328 OR zu treffen sind, ist schwieriger zu bestimmen als «das Anbringen von Schutzvorrichtungen an Kreissägen»⁴³. Ein solches Verfahren hilft jedoch, das Problem der fehlenden Sichtbarkeit von psychischen Einflüssen und Vorgängen zu beheben, indem die Sache und die Interessen beider Vertragsparteien auf den Tisch kommen mit dem Ziel, eine einvernehmliche Lösung ohne externe Beteiligung zu finden. 750

⁴² Oben Rz. 571.

⁴³ PETERMANN, Pflichten, S. 12.

- 751 Wegen der strukturellen wirtschaftlichen Ungleichgewichte im Arbeitsverhältnis muss man aber auch die **Auswirkungen** eines solchen Verfahrens bedenken. Es verschafft den Arbeitgebenden in einem allfälligen Haftungsstreit eine günstigere Ausgangslage⁴⁴. Es braucht von Arbeitnehmenden hingegen nach wie vor Mut, einen Schutzbedarf offen zu legen, da ihnen dies als Versagen und fehlende Eignung für die Stelle vorgehalten werden kann.
- 752 Es besteht schon heute gem. Art. 336 Abs. 1 lit. d OR ein gewisser Schutz vor einer allfälligen Racheekündigung. Durch die Förmlichkeit des betriebsinternen Verfahrens wird dieser Schutz noch etwas erhöht. Eine analoge Bestimmung wie Art. 10 Abs. 2 GlG wäre dennoch zusätzlich angezeigt. Dadurch ergäbe sich ein **Kündigungsschutz** für die Dauer dieses Verfahrens und eines nachfolgenden gerichtlichen Verfahrens sowie sechs Monate darüber hinaus. Die Kündigungsrisiken lassen sich auch etwas reduzieren, wenn Arbeitnehmende gemeinsam ihren Vorgesetzten eine Gefährdungsanzeige einreichen.
- 753 Betroffene sind bisweilen aus persönlichen Gründen nicht in der Lage, ihre Gefährdung zu erkennen oder der Arbeitgeberin anzuzeigen⁴⁵. **Andere Arbeitnehmende** nehmen jedoch die Gefährdung von Kolleginnen oder Kollegen sehr wohl wahr und werden aktiv. So bat z.B. ein stellvertretender Generalsekretär eine Departementes in der Bundesverwaltung darum, eine intelligenzschwache, psychisch auffällige Reinigungsmitarbeiterin nicht zu versetzen, weil er negative gesundheitliche Konsequenzen für sie befürchtete⁴⁶. Sind solche Meldungen gerechtfertigt, sollten auch die Arbeitnehmenden einen Kündigungsschutz geniessen, die sich für die Gesundheitsvorsorge Anderer einsetzen.
- 754 Es ist noch zu klären, ob mit der Ergänzung von Art. 328 OR eine **Pflicht** seitens der Arbeitnehmenden zu einer internen Anzeige besteht, bzw. ob sie nur Rechte aus einer Verletzung der Fürsorgepflicht ableiten können, wenn sie eine entsprechende Anzeige gemacht haben. Dies muss grundsätzlich verneint werden, denn die Voraussetzungen können aus verschiedenen Gründen fehlen. Es ist z.B. ein Merkmal einer Depression, dass die Betroffenen nicht adäquat reagieren⁴⁷. Es sind spezifische Persönlichkeitsstrukturen, die ein Burnout begünstigen. Vielfach erkennen Menschen den Ursprung ihres Missbehagens nicht oder sind aus sprachlichen, intellektuellen oder anderen Gründen nicht in der Lage dies zu artikulieren. Diesen Menschen kann nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie sich nicht «normal» verhalten haben, und sich nicht bemerkbar gemacht haben, denn dies gehört gerade zu ihrem Krankheitsbild oder ihrer persönlichen Situation. Dass in anderen Fällen je-

⁴⁴ Unten Rz. 268.

⁴⁵ S. oben Rz. 381 und 419.

⁴⁶ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29.4.2008 A-6550/2007, Sachverhalt D.

⁴⁷ PORTMANN, Stresshaftung, S. 10.

doch das Unterlassen einer Gefährdungsanzeige als Mitverschulden bei der Verursachung eines Schadens gewertet wird, ist nicht ausgeschlossen⁴⁸.

III. Brücke zum öffentlichen Arbeitsschutz

Das betriebsinterne Verfahren der Gefährdungsanzeige dient der Klärung der Fürsorgepflicht im Interesse beider Parteien. Es zwingt die Arbeitgeberin, sich mit den Anforderungen des (insbesondere psychischen) Gesundheitsschutzes auseinanderzusetzen und sich das nötige **Fachwissen** zum Abfassen der Stellungnahme zu beschaffen. Dafür wird sie sich vielleicht selber schon an ein Arbeitsinspektorat wenden. Wenn auf der anderen Seite die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer sehen, welche Massnahmen getroffen werden oder die Stellungnahme erhalten, sind sie möglicherweise auch auf Fachkunde angewiesen, um ihre Übereinstimmung mit der Rechtslage und den arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen zu prüfen. 755

Was liegt näher als eine **Brücke** zum öffentlichen Arbeitsschutz zu «bauen»? 756
Dies könnte durch *Ergänzung* des oben (Rz. 748) vorgeschlagenen neuen Absatzes erfolgen:

... Diese (die Arbeitgebenden) haben innert eines Monats Abhilfe zu schaffen oder schriftlich Stellung zu nehmen *mit Kopie an das zuständige Arbeitsinspektorat*.

Die Pflicht der Arbeitgebenden, das Arbeitsinspektorat mit einer Kopie zu bedienen, macht deutlich, dass es in den überwiegenden Fällen nicht nur um die *individuellen* Interessen der jeweiligen Arbeitnehmenden geht, sondern **Interessen des öffentlichen Gesundheitsschutzes** im Spiel sind. Die Arbeitsinspektorate werden auf diesem Wege auf Anliegen aufmerksam, ohne dass die Arbeitnehmenden selber den Schritt nach aussen unternehmen müssen und eine Verletzung ihrer Treuepflicht riskieren⁴⁹. Missachten Arbeitgebende jedoch die Pflicht, das Arbeitsinspektorat mit einer Kopie zu bedienen, kann den Arbeitnehmenden kein Vorwurf gemacht werden, wenn sie ihrerseits den Kontakt zur Behörde aufnehmen. 757

Für eine solche Brücke zum Arbeitsschutz gibt es in der schweizerischen **Rechtstradition** übrigens ein Vorbild: Art. 4 des FabrikG auferlegte den Fabrikbesitzern die Verpflichtung, jeden erheblichen Unfall der Behörde zu melden. Dies habe sich laut LANDMANN als wirksam erwiesen. Die in der 758

⁴⁸ PORTMANN, Stresshaftung, S. 10 FN 59; TIESTE, Stress, S. 273. Unten Rz. 793 f.

⁴⁹ S. oben Rz. 680.

Folge «veranstalteten Untersuchungen» hätten nämlich die meisten Missstände zu Tage gefördert⁵⁰.

- 759 Wenn Arbeitnehmende anzeigen, dass sie überlastet sind und eine Gefährdung ihrer physischen oder psychischen Gesundheit melden, ist ihr individuelles Kontinuum von Gesundheit/Krankheit offensichtlich in die **Phase Früherkennung/Früherbehandlung** übergegangen⁵¹. Für effektiv präventive, also einem solchen Verlauf zuvorkommende Massnahmen, ist es dann eigentlich schon zu spät, der Verlauf lässt sich aber hoffentlich immer noch günstig beeinflussen. Daraus ist erkennbar, dass Unternehmen auch nach Einführung einer förmlichen Gefährdungsanzeige sich nicht erst um (psychischen) Gesundheitsschutz kümmern müssen, wenn eine solche Anzeige erfolgt ist. Die öffentlichrechtliche Pflicht zur generellen Gesundheitsvorsorge besteht schon vorher⁵².
- 760 Die oben vorgeschlagene Ergänzung von Art. 328 OR bringt nur für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse eine Verbesserung. Eine **parallele Ergänzung** von Art. 6 ArG würde das Verfahren auch in den öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen einführen, die Art. 6 ArG unterstehen⁵³.

D. Zwischenergebnis

- 761 Für die **Auslegung**, welche Präventionsmassnahmen «nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind», können in einem zivilrechtlichen Streit die bei der Auslegung von Art. 6 ArG gewonnenen Erkenntnisse herangezogen werden⁵⁴, auch wenn aufgrund der teleologischen Auslegung im Einzelfall der Umfang der zu treffenden Massnahmen nicht deckungsgleich sein muss. Insofern wirkt sich eine Konkretisierung von Art. 6 ArG bezüglich psychischer Gesundheitsrisiken und Persönlichkeitsverletzungen, wie dies im 2. Teil dieser Untersuchung unternommen wurde, zugleich als Verbesserung auf den privatrechtlichen Schutz aus. Arbeitnehmende haben klarere Anhaltspunkte darüber, was die Verantwortung der Arbeitgebenden zum ihrem Schutz vor Erkrankungen und Verletzungen der persönlichen Integrität umfasst. Auch für Arbeitgebende ist besser ersichtlich, wann ihnen droht, für materielle oder

⁵⁰ LANDMANN, S. XCII. Heute besteht eine Meldepflicht für *Unfälle* (aufgrund von Art. 9 Abs. 3 UVG wohl auch für Berufskrankheiten) nach Art. 45 UVG, wenn sie eine ärztliche Behandlung erforderten oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge gehabt haben.

⁵¹ Oben Rz. 439 und 728.

⁵² S. auch oben Rz. 449 f.

⁵³ Oben Rz. 117.

⁵⁴ STAEHELIN, ZK, Art. 328 OR N 18.

immaterielle Schäden zu haften oder ihre Kündigung als missbräuchlich qualifiziert werden könnte⁵⁵.

Es ist dank der Rezeptionsklausel nicht nötig, auch Art. 328 OR zu konkretisieren, um den Schutz bei **psychischen Gesundheitsrisiken** zu verbessern. 762
Da insbesondere psychische Belastungen und Beanspruchungsfolgen oft nicht sichtbar sind, kann jedoch ein betriebsinternes Verfahren den Arbeitgebenden Klarheit verschaffen, dass und ob ein Schutzbedarf besteht. Dadurch kann die *Erfüllung* der Fürsorgepflicht in den einzelnen Arbeitsverhältnissen gefördert werden. Durch den Einbezug der Arbeitsinspektorate kann zudem eine Verbesserung des Vollzugs des ArGs bewirkt werden.

Weitere Verbesserungen der psychischen Gesundheitsprävention sind allenfalls noch bei der privatrechtlichen **Rechtsdurchsetzung** zu erreichen. 763
Ob und inwiefern die Rahmenbedingungen für die Rechtsverwirklichung im Privatrecht anzupassen sind, bleibt noch zu untersuchen.

⁵⁵ Oben Rz. 174 ff.

§ 3 Verschärfung der Haftung

- 764 Eine Möglichkeit, um den Arbeitsschutzbestimmungen und der Fürsorgepflicht zu mehr Nachachtung zu verhelfen, ist die **Durchsetzung** bzw. Verschärfung der Haftung. Die französische Psychiaterin MARIE-FRANCE HIRIGOYEN formuliert es so¹:

Si les entreprises étaient tenues de payer les pots cassés, elles agiraient et feraient de la prévention.

- 765 Wollte man den Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken nach dem **Vorbild der Unfallverhütung** verbessern, müsste man aufgrund einer historischen Betrachtung eine Verschärfung der Haftung von Arbeitgebenden und eine Abkehr vom «Schuldprinzip zum Verantwortlichkeitsprinzip» als die geeigneten Mittel sehen².

A. Vorbild: Haftung für Unfälle

- 766 Mit **Fabrikgesetz** und Fabrikinspektoraten bestanden in der Industrie³ ab 1877 Rechtsgrundlagen und Vollzugsbehörden für den öffentlichrechtlichen Arbeitsschutz auf eidgenössischer Ebene. Aber schon das Fabrikgesetz führte in Art. 5 Abs. 2 lit. b die Kausalhaftung für Betriebsunfälle und Berufskrankheiten (lit. d) ein⁴. Die übrigen Betriebe unterstanden einer Verschuldenshaftung⁵ gemäss dem 1881 in Kraft getretenen Obligationenrecht⁶. Aber schon 1887 trat das Bundesgesetz betreffend die Ausdehnung der Haftpflicht in Kraft, welches auch Gewerbebetriebe der Kausalhaftung für Unfälle und Berufskrankheiten unterstellte⁷.
- 767 Eine Besonderheit enthielt Art. 8 und 9 des Bundesgesetzes betreffend die Ausdehnung der Haftpflicht: Unternehmen hatten Unfälle den zuständigen

¹ HIRIGOYEN, S. 23.

² LENGWILER, S. 148.

³ In der Anfangsphase unterstand nur eine kleine Minderheit der arbeitenden Bevölkerung dem FabrikG, Heimarbeiter und das Gewerbes blieben z.B. ausgeklammert. Dem Fabrikgesetz unterstanden 1888 nur rund 160'000 Arbeitnehmende (MAURER, 1981, S. 768 f.).

⁴ MAURER, 1981, S. 768.

⁵ Die Idee einer vertraglichen Haftung der Arbeitgebenden für die körperliche Integrität der Arbeitnehmenden war nicht neu; sie beruht auf der gemeinrechtlichen Rechtsprechung (REPGEN TILMAN, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts, Tübingen 2001, S. 222).

⁶ MAURER, 1981, S. 770.

⁷ Botschaft ArG, BBl 1960 II, S. 957; FURRER, S. 56; MAURER, 1981, S. 771.

kantonalen Behörden zu melden. Wenn diese feststellten, dass der Verunfallte «die ihm zustehende billige Entschädigung auf aussergerichtlichem Weg nicht erhalten hat», so hatten sie der Kantonsregierung Bericht zu erstatten. In der Botschaft⁸ begründete der Bundesrat diese **öffentliche Kontrolle** eines billigen Schadenersatzes damit, dass es eine oft wiederkehrende Klage sei, dass das Gesetz

... vielerorts gar keine oder nur mangelhafte Anwendung findet ... Die Entschädigung aus Haftpflicht findet gar nicht oder nur in sehr geringer Weise statt, weil der Arbeiter sich mit der gebotenen Summe begnügt, aus Furcht, seine Stelle zu verlieren, aus Mangel an Mitteln, um auf dem Prozesswege zu seinen Rechten zu gelangen, aus Unkenntnis, etc. ... Nur durch die vorgeschlagene, von Amtes wegen stattfindende Aufsicht kann eine Korrektur begangener Unbilligkeiten erreicht werden ...

Aus heutiger Sicht scheint es eigenartig, dass der Staat öffentlichrechtlich kontrolliert, ob die Schadensverursacher **angemessenen Schadenersatz** leisten. Beim Sozialversicherungsregress, den wir später noch betrachten⁹, spielen jedoch ähnliche Überlegungen mit.

Die **Kausalhaftpflicht** wurde als unvollkommen kritisiert, weil «der Betriebsinhaber ein Selbstverschulden des Arbeiters einwenden konnte, was eine Reduktion oder gänzliche Ablehnung seiner Ansprüche ermöglichte»¹⁰. Zudem gingen Verunfälle immer wieder wegen Zahlungsunfähigkeit des Betriebs leer aus. Nationalrat LUDWIG FORRER stellte 1889 in seinem Bericht an den Bundesrat fest, dass

das gegenwärtige Haftpflichtsystem Arbeiter und Arbeitgeber gegeneinander aufhetzt ...¹¹

Versicherung heisst die neue Parole. Haftpflicht bedeutet den Streit, Versicherung den Frieden.¹²

Die von ihm vorgeschlagene Lex Forrer scheiterte dann jedoch in der Volksabstimmung¹³. Erst 1918 trat das Kranken- und Unfallversicherungsgesetz KUVG mit einer **Versicherung** für Unfälle und Berufskrankheiten in Kraft und löste die Kausalhaftpflicht ab¹⁴.

⁸ Zitiert in MAURER, 1981, S. 771; BBl 1886 II, S. 689 ff.

⁹ Unten Rz. 817 ff.

¹⁰ NR LUDWIG FORRER, Denkschrift über die Einführung einer schweizerischen Unfallversicherung vom 15.11.1889; Botschaft des BR betreffend Einführung des Gesetzgebungsrechts über Unfall- und Krankenversicherung vom 28.11.1889, BBl 1889 IV, S. 825 ff.; FURRER, S. 57; MAURER, 1981, S. 780.

¹¹ BBl 1889 IV, S. 878.

¹² BBl 1889 IV, S. 901.

¹³ Abstimmung vom 20.5.1900; FURRER, S. 60; LENGWILER, S. 51; MAURER, 1981, S. 784.

¹⁴ FURRER, S. 75 f. MAURER, 1981, S. 772.

- 769 Der Vergleich mit der Entwicklung bei der Unfallverhütung zeigt, dass man sich von einer (scharfen) Haftung eine **starke Wirkung** auf die Unternehmen versprach¹⁵. Diese kam ihr tatsächlich auch zu, denn ohne diesen Druck wäre eine obligatorische sozialversicherungsrechtliche Lösung zur Deckung der Schäden kaum möglich gewesen. Die gerichtliche Zusprennung von hoch erscheinenden Summen findet auch heute noch in der Öffentlichkeit breite Beachtung. Wie stark die generalpräventive Wirkung auf Unternehmen tatsächlich ist, kann jedoch nicht genau gesagt werden.

B. Ansätze zu Verschärfung bei den Anspruchsgrundlagen

I. Übersicht

- 770 Für Schäden infolge Missachtung der Gesundheitsprävention am Arbeitsplatz **haftet die Arbeitgeberin** aufgrund von Art. 328 OR i.V. mit Art. 97 OR¹⁶. Heute besteht also grundsätzlich eine Verschuldenshaftung. Es obliegt den Arbeitnehmenden den *Schaden*, die *Verletzung der Schutzpflicht*¹⁷ und den adäquaten *Kausalzusammenhang* zwischen Pflichtverletzung und Schaden zu beweisen¹⁸. Dieser Nachweis ist insbesondere bei psychischen Gesundheitsschäden schwierig¹⁹.
- 771 Bei all diesen Anspruchsvoraussetzungen gibt es **Ansatzpunkte** für Verschärfungen, also: Einführung einer Kausalhaftpflicht, reduzierte Anforderungen an den Beweis der Schutzpflicht und des Kausalzusammenhangs und überdies Beweis- und Verfahrenserleichterungen. Das Hauptproblem wird aber der Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen Umständen am Arbeitsplatz und dem Schaden bleiben.

¹⁵ Begünstigt wurde damals allerdings die Entwicklung wohl auch durch eine Abwehrlhaltung der landwirtschaftlich geprägten Bevölkerung gegenüber der Industrialisierung (MAURER, 1981, S. 769).

¹⁶ DUNAND, S. 112; LETSCH, Rz. 183; PORTMANN, BSK, Art. 328 OR N 20; REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 22; STAEHELIN, ZK, Art. 328 OR N 25.

¹⁷ PORTMANN, Stresshaftung, S. 6.

¹⁸ BGer vom 17.10.2005 4C.24/2005 (Leiturteil 2, Rz. 30 ff.); DUNAND, S. 112; HUMBERT, S. 1481; PORTMANN, BSK, Art. 328 OR N 53; REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 22; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 16; WYLER, Droit du travail, S. 327.

¹⁹ BGer vom 21.2.2006 4P.329/2005, E. 3; DUNAND, S. 113; LETSCH, Rz. 191; PORTMANN, Stresshaftung, S. 4 ff.

1. Kausalhaftung

Der Arbeitgeber haftet nur, wenn ihm ein **Verschulden** in Gestalt von Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fällt, wobei ihm der Nachweis fehlenden Verschuldens obliegt (Art. 97 OR)²⁰. Eine Haftung besteht, wenn der Arbeitgeberin selbst bzw. einem ihrer Organe (nicht aber einem Mitarbeitenden) ein Verschulden zur Last fällt²¹. 772

Das Verschulden der Arbeitgeberin wird vermutet, ihr steht jedoch der **Exkulpationsbeweis** offen; nach der Praxis des Bundesgerichts besteht aber für Unfallgefahren de facto eine Kausalhaftung, weil Arbeitgebenden die Haftung für alle Berufsrisiken überbunden wird²². Dies muss analog auch bei psychischen Risiken gelten. Demzufolge ist hier keine weitere Verschärfung erforderlich. 773

II. Pflichtverletzung

1. Vorhersehbarkeit

Ein Ansatz zu Verschärfung liegt einmal in der Auslegung, bzw. Rechtsanwendung der Anspruchsvoraussetzung **Vorhersehbarkeit**. Eine Arbeitgeberin haftet nämlich nur, wenn es für sie voraussehbar war, dass ihre Pflichtverletzung einen Schaden wie den eingetretenen verursachen konnte, bzw. wenn sie hätte erkennen können, dass die Arbeitsbedingungen Ursache eines solchen Schadens sein können. Das Wissen bezieht sich bei psychischen Risiken am Arbeitsplatz also auf den Input (Arbeitsbelastungen und fehlende Ressourcen), aber auch auf den Output (Belastungsfolgen)²³. 774

Eine **Voraussehbarkeit** in Bezug auf Arbeitsbelastungen und fehlende Ressourcen (Input) liegt nicht erst dann vor, wenn bei einzelnen Arbeitnehmenden bereits Belastungsfolgen wie Arbeitsunfähigkeit auftreten. So wie als bekannt vorausgesetzt werden kann, dass eine Kreissäge einer Schutzeinrichtung bedarf, sollten heute all die im 2. Teil dieser Untersuchung unter § 4 behandelten Arbeitsbelastungen und ihre möglichen Beanspruchungsfolgen²⁴ als bekannt und grundsätzlich erkennbar vorausgesetzt werden²⁵. 775

²⁰ PORTMANN, Stresshaftung, S. 9.

²¹ PORTMANN, BSK, Art. 328 OR N 56.

²² BGE 112 II 138, E. 3; LETSCH, Rz. 189; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 16 mit weiteren Hinweisen.

²³ Oben Rz. 267.

²⁴ Oben Rz. 136 ff.

²⁵ Urteil CAPH GE vom 4.2.2008, JAR 2009, S. 507–511, S. 509; VON TROTHA, S. 135.

- 776 Sind im Betrieb bereits Belastungsfolgen aufgetreten, beutet dies, dass schon die Phase Früherfassung/Frühbehandlung bei diesen Arbeitnehmenden angebrochen ist. Die **Präventionspflicht** besteht aber schon vorher in der Phase Prävention, also z.B. «wenn es aufgrund der gewählten Arbeitsorganisation und der geschaffenen Arbeitsbedingungen offensichtlich ist, dass die Arbeit nur unter Stress geleistet werden kann»²⁶. Arbeitgebende haben gemäss Art. 3 Abs. 1 ArGV3 die Pflicht, ihre Präventionsmassnahmen regelmässig auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen, also hinzuschauen, ob ihre Arbeitsbedingungen ein psychisches Risiko bergen.
- 777 Die Präventionspflicht besteht unabhängig davon, ob sich schon Belastungsfolgen (Output) abzeichnen. Deshalb kann Vorhersehbarkeit und damit Verschulden nicht verneint werden, weil die Arbeitgeberin einwendet, sie habe bei der **geschädigten Person** den Eintritt des Schadens nicht vorhersehen können²⁷. Massstab für die Beurteilung der Vorhersehbarkeit muss also die Beanspruchung (innerer Vorgang) einer Durchschnittsperson sein, die sich in der konkreten Situation an diesem Arbeitsplatz befand²⁸. Hat die Klägerin oder der Kläger aber den Schutzbedarf klar angezeigt, z.B. durch eine Gefährdungsanzeige, liegt eine Voraussehbarkeit und ein Verschulden zweifellos vor²⁹. Zu bejahen ist die Vorhersehbarkeit aber auch, z.B. bei einer auffallend erhöhten Krankheits- und Ausfallrate in bestimmten Abteilungen des Unternehmens³⁰. Dann ist erkennbar, dass Belastungsfolgen bestehen.

2. Beweis

- 778 **Beweisthemen** bezüglich der Verletzung der Präventionspflicht sind³¹:
- a) Vorliegen von Arbeitsbelastungen, bzw. fehlenden Ressourcen;
 - b) Vorhersehbarkeit der Wahrscheinlichkeit einer Rechtsgutverletzung;
 - c) Unterlassen von Massnahmen;
 - d) Verhältnismässigkeit der unterlassenen Schutzmassnahmen.
- 779 Es obliegt den Arbeitnehmenden demnach **zu beweisen**, dass z.B. eine Arbeitslast «übermässig» gewesen ist³² oder organisatorische Ressourcen wie Handlungsspielräume gefehlt haben (a). Beim Beweis von Mobbing hat das Bundesgericht bereits auf die Beweisschwierigkeiten Rücksicht genommen

²⁶ PORTMANN, Stresshaftung, S. 10.

²⁷ BGer vom 5.2.2007 4C.289/2006, E. 4.2.

²⁸ VON TROTHA, S. 135.

²⁹ DUNAND, S. 117; VON TROTHA, S. 136.

³⁰ LETSCH, Rz. 189; PETERMANN, Pflichten, S. 7; PODEHL, S. 2090; PORTMANN, Stresshaftung, S. 10; VON TROTHA, S. 140.

³¹ VON TROTHA, S. 225 teilt die Themen etwas anders auf.

³² PORTMANN, Stresshaftung, S. 8 f.

und auf «Indizienbündel» abgestellt³³. Für das Beweisthema a) sind als *Beweismittel* u.U. arbeitswissenschaftliche oder medizinische Gutachten beizuziehen³⁴. Der Beweis des Unterlassens von Massnahmen (c) dürfte mit Urkunden und Zeugenbeweis zu erbringen sein. Ein Indiz ist hier, dass allgemein nichts zum Schutz der Arbeitnehmenden unternommen wurde³⁵.

Es kann der klagenden Partei zugemutet werden, die **Beweislast** für die Themen a, b und c zu tragen, wenn die Vorhersehbarkeit wie oben dargestellt, ausgelegt wird. Wendet die Arbeitgeberin aber ein, eine Schutzmassnahme wäre unverhältnismässig und ihr nicht zuzumuten gewesen (d), sollte die Rechtsprechung dafür sorgen, dass *sie* die Beweislast dafür tragen muss³⁶. Denn hier geht es um Umstände des Betriebes. Für die kann die Arbeitgeberin Beweis erbringen. Es wäre aber unbillig die Klage abzuweisen, nur weil klagenden Arbeitnehmenden der Beweis missglückte, dass die Massnahme für den konkreten Betrieb verhältnismässig und zumutbar gewesen wäre.

Um den **Schutz der Arbeitnehmenden** zu verwirklichen, sollen allgemein an den Beweis nicht Anforderungen gestellt werden, welche die Durchsetzung der dem widerrechtlich Verletzten grundsätzlich zustehenden Ansprüche ... von vornherein illusorisch machen.³⁷

III. Kausalzusammenhang

Hat der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin die Pflichtverletzung und den Schaden (i.d.R. Erwerbsausfall und immaterielle Unbill³⁸) beweisen können, ist noch der Beweis zu erbringen, dass die **Ursache** des Schadens in der **Pflichtverletzung** liegt, bzw. der Gesundheitsschaden oder die Persönlichkeitsverletzung nicht eingetreten wäre, wenn die Arbeitgeberin die verlangten Schutzmassnahmen ergriffen hätte³⁹.

³³ BGer Urteile 1C_418/2008 vom 27.5.2009, E. 2 und 4C_276/2004 vom 12.10.2004, E. 4.1. Wobei gem. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH die praktische Bedeutung dieser Beweiserleichterungen nicht überschätzt werden dürfe (Art. 328 N 17 m.w.H.).

³⁴ BGer vom 21.2.2006 4P.329/2005, E. 3 (Zu Recht kritisch dazu bei Mobbing: GABATHULER, S. 38); DUNAND, S. 113.

³⁵ Oben Rz. 345. Analog in Deutschland bei Diskriminierungen (PÄRLI KURT, Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes AGG auf das Arbeitsrecht, in: ARV 2007, S. 133 ff., S. 142).

³⁶ VON TROTHA, S. 229.

³⁷ BGE 133 III 153, E. 3.3.

³⁸ LUGINBÜHL, S. 70.

³⁹ Inderkum, Rz. 196 f.; Murer, S. 422; Portmann, Stresshaftung, S. 9; Schneider J.-A., S. 300; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 16; VON TROTHA, S. 197 f.

- 783 Der Beweis eines Kausalzusammenhanges zwischen der Unterlassung einer Schutzpflicht und einer **Persönlichkeitsverletzung** ist grundsätzlich einfacher zu erbringen, da die Verletzung der Schutzpflicht mit der Rechtsgutsverletzung zusammenfällt⁴⁰. Kann also der Beweis einer Schutzpflicht z.B. Unterlassen eines Einschreitens bei Mobbing erbracht werden, erübrigen sich weitere Abklärungen eines Kausalzusammenhanges⁴¹.
- 784 Der **Nachweis** eines adäquaten Kausalzusammenhanges zwischen Erkrankungen und Umständen am Arbeitsplatz, die *psychisch* auf die Geschädigten einwirken, ist schwieriger. Die Schädigung erfolgt nicht mit einem einmaligen Ereignis wie beim Unfall, sondern durch eine gewisse Intensität über eine gewisse Dauer. Die betroffenen Arbeitnehmenden haben im Verlauf dieses Vorganges möglicherweise die Stelle gewechselt⁴². Sie haben neben dem Beruf auch ein privates Leben, das oft auch nicht ohne Belastungen ist⁴³. Der Arbeitgeberin wird es also sehr leicht fallen, die Behauptung der klagenden Partei in Zweifel zu ziehen, es sei das Unterlassen der Schutzmassnahme, welches den Gesundheitsschaden verursacht habe⁴⁴.
- 785 Als Gegenmassnahme können wiederum **Beweiserleichterungen** der Beweisnot Rechnung tragen⁴⁵. In der Praxis können auch die in Japan entwickelten und erprobten «Kriterien zur Beurteilung der *Arbeitsbedingtheit* psychischer Befindlichkeitsstörungen» helfen. Sie sind zur Ermittlung der «*nicht* im Zusammenhang mit der Arbeit bestehenden Belastungen» ergänzt worden⁴⁶. Eine auf den mitteleuropäischen Kulturkreis angepasste Version findet sich bei OLIVER TIESTE⁴⁷. Auch eine zeitliche Koinzidenz kann für einen Kausalzusammenhang sprechen: ein niederländisches Gericht ging z.B. davon aus, dass die psychische Erkrankung einer nicht vorbelasteten Arbeitnehmerin durch Belastungen im Lauf einer Umstrukturierung verursacht worden ist, da

⁴⁰ Oben Rz. 238.

⁴¹ Dieser Umstand wurde vom Bundesgericht allerdings im Urteil vom 6.4.2010 4A_245/2009 in E. 4.4. nicht beachtet. Es liess die Frage der Persönlichkeitsverletzung (Mobbing) offen und prüfte nur den Kausalzusammenhang zwischen der (festgestellten) Verletzung der Schutzpflicht und der Invalidität. Dazu auch DEVEAUD-PLÉDRAN, S. 134 f.

⁴² Inderkum, Rz. 271.

⁴³ Von Trotha, S. 199.

⁴⁴ Dennoch erachtete schon 1986 ein schwedisches Gericht den Kausalzusammenhang zwischen chronischer bzw. akuter psychischer Belastung am Arbeitsplatz und einem Herzinfarkt als erwiesen aufgrund eines medizinischen Gutachtens (Tieste, Stress, S. 172 f. m.w.H.).

⁴⁵ Siehe den Vorschlag für Deutschland von BRAMS STEPHAN A., Mobbing am Arbeitsplatz – in dubio pro Arbeitgeber? in: Versicherungsrecht, 19/2010, S. 880–886.

⁴⁶ Tieste, Überarbeitung, S. 191 ff.

⁴⁷ Tieste, Stress, S. 304 ff.

die Erkrankung in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit dieser Organisationsmassnahme aufgetreten ist⁴⁸.

Der Gesundheitsschaden hat seine Ursache wohl meist in verschiedenen Umständen⁴⁹. Es genügt aber, dass eine **Teilursache** (Arbeitsbelastung) für den Schaden kausal ist⁵⁰. Im Leitfall 2 ist es der Klägerin offensichtlich gelungen den Beweis zu erbringen, dass die Ursache für ihre Depression die übermässig hohen Vorgaben für die Akquisition waren⁵¹. Es gibt auch noch weitere Beispiele erfolgreicher «Stresshaftungsklagen»⁵². 786

Unzutreffend scheint es, den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen Mobbing und Erkrankung wegen der **Persönlichkeit** einer Geschädigten zu verneinen, weil diese durch den Vertrauensarzt beschrieben wird «als eine überdurchschnittlich intelligente, leistungsorientierte, ehrgeizige, narzisstisch stigmatisierte, zu Perfektionismus neigende, sich mit gestellten Aufgaben und/oder Institutionen überidentifizierende Persönlichkeit mit Neigung zu einem histrionischen Konfliktverarbeitungsmodus»⁵³. Dies könnte höchstens bei der Schadensbemessung berücksichtigt werden⁵⁴. 787

Eine weitere Verschärfung entstünde durch den **Wechsel des Beweisthemas**, wie dies Art. 5 Abs. 3 GIG vorsieht. Die Arbeitgeberin muss für den Schaden haften, wenn sie nicht beweisen kann, dass sie überhaupt Massnahmen zum Schutz vor Gesundheitsbeeinträchtigungen durch Arbeitsbelastungen getroffen hat, also z.B. keine Vertrauenspersonen für Konfliktfälle bezeichnet hat (Leitfall 1)⁵⁵. Beweisthema wäre dann nicht die Verletzung einer *konkreten* Schutzpflicht. Dies entbindet die Arbeitnehmenden vom Nachweis eines Kausalzusammenhanges zwischen Schutzpflichtverletzung und eingetretenem Schaden⁵⁶. Wie die Erfahrungen mit dem GIG zeigen, ist dies immerhin in 788

⁴⁸ VEIGEL, S. 119 m.w.H.

⁴⁹ LETSCH, Rz. 191.

⁵⁰ PORTMANN, BSK, Art. 328 OR N 21e.

⁵¹ Oben Rz. 31 ff.

⁵² PORTMANN, Stresshaftung, S. 4 f.

⁵³ Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2007, Nr. 18; HUMBERT, S. 1481. Dazu auch oben Rz. 381.

⁵⁴ Unten Rz. 793 f.

⁵⁵ PODEHL, S. 2091.

⁵⁶ KAUFMANN, Art. 4 GIG N 42; RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, Art. 5 GIG N 53. DURAND RÉGIS, Santé au travail, une obligation de sécurité de résultat, in Droit Déontologie & Soin 11/2011, S. 52–57, S. 52 ff. kritisiert zwei entsprechende Entscheide von französischen Arbeitsgerichten und gibt zu bedenken, dass dies zu einer «obligation de sécurité de résultat» führe.

einem Teil der Unternehmen ein Anlass zum Ergreifen von Präventionsmassnahmen⁵⁷.

IV. Finanzielle Folgen

1. Schadenersatz und Genugtuung

- 789 Heute kann bei Haftungsklagen wegen unterlassener Präventionspflicht nur Ersatz des tatsächlich erlittenen (und bewiesenen) **Schadens** zugesprochen werden (Art. 97 OR). Dies sind i.d.R. Kosten für medizinische Behandlung und Erwerbsausfall⁵⁸. Solche Schäden werden jedoch zu einem grossen Teil von Krankenkassen und Krankentaggeldversicherungen (ev. Lohnfortzahlung des Betriebes) getragen, so dass die Geschädigten nur noch eine verbleibende Differenz («Direktschaden») einklagen können⁵⁹. Dazu kommen vielleicht noch Schadenspositionen wie Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens (Art. 46 Abs. 1 OR)⁶⁰ sowie Genugtuungssummen für Beeinträchtigungen der körperlichen, psychischen und persönlichen Integrität (Art. 47 und 49 OR)⁶¹. Gem. Art. 5 Abs. 3 GIG sind für sexuelle Belästigungen Entschädigungen unabhängig vom Nachweis eines effektiven Schadens vorgesehen, wenn die Arbeitgeberin ihrerseits nicht den Beweis erbringen kann, dass sie Präventionsmassnahmen getroffen hat⁶².
- 790 Die Zusprechung einer **Genugtuung** ist bereits an die «Hürde» geknüpft, dass eine Körperverletzung (Art. 47 OR) vorliegen oder eine Persönlichkeitsverletzung, die eine gewisse «Schwere» aufweisen muss (Art. 49 OR)⁶³. Es ist WOLFGANG PORTMANN zuzustimmen, dass eine psychische Erkrankung eine Genugtuung gem. Art. 47 OR und nicht «nur» gem. Art. 49 OR rechtfertigt⁶⁴.
- 791 Dies hat Auswirkungen auf die **Art der Genugtuung**: gem. Art. 47 OR ist zwingend eine *Geldsumme*, gem. Art. 49 OR eine Geldsumme oder eine «an-

⁵⁷ Bericht über die Wirksamkeit des GIG, BBl 2006, S. 3173.

⁵⁸ SCHNEIDER J.-A., S. 299; Zur Bemessung des Erwerbsausfalls bei Mobbing: BGer vom 4.4.2003 2C.2/2000, E. 3 (JAR 2004, S. 234 ff.); PORTMANN, Stresshaftung, S. 10 f.; REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 12; WYLER, responsabilité, S. 252.

⁵⁹ MURER, S. 420 f.

⁶⁰ BGE 117 II 609, E. 9; LUGINBÜHL, S. 70.

⁶¹ Oben Rz. 177.

⁶² RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, Art. 5 GIG N 52 ff.; DUNAND, S. 115.

⁶³ BGer vom 10.11.2011 4A_607/2011, E. 3; BGE 130 III 699, E. 5; BGE 129 III 715, E. 4.4; BGE 125 III 70, E. 3.a; IDERKUM, Rz. 292 ff.; WYLER, Droit du travail, S. 324.

⁶⁴ PORTMANN, BSK, Art. 328 OR N 53b; PORTMANN, Genugtuung, S. 14; auch: IDERKUM, Rz. 94; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 19.

dere Art» der Genugtuung vorgesehen⁶⁵. Ausserdem besteht u.U. ein Anspruch kumulativ auf beide Arten der Genugtuung, wenn beide Rechtsgüter (psychische Gesundheit *und* Persönlichkeit) verletzt sind⁶⁶. Genugtuungssummen für Verletzungen der psychischen Integrität und der Persönlichkeit von Arbeitnehmenden sind in der Schweiz relativ gering⁶⁷. Eine Verschärfung der Haftung ergäbe sich durch Erhöhung der zugesprochenen Summen, indem Gerichte die Schwere des Verschuldens stärker gewichten⁶⁸.

Nach geltender Rechtspraxis kann eine **konstitutionelle Prädisposition** der klagenden Person zu einer entsprechenden Reduktion des zugesprochenen Schadenersatzes führen (Art. 44 OR)⁶⁹. Wenn die klagende Person z.B. zwei Jahre früher arbeitsunfähig wird, als sie es ohnehin geworden wäre, muss die Arbeitgeberin nur für den Erwerbsausfall während der ersten zwei Jahre aufkommen⁷⁰. Dies ist allerdings umstritten; es sei kein Grund ersichtlich, weshalb die Haftung reduziert wird, nur weil das Opfer in einem Zustand ist, der die Folgen der Schädigung erhöht⁷¹. Es wird auch davor gewarnt, bei zwischenmenschlichen Konflikten zu schnell von einer Prädisposition des Opfers zu sprechen und so die Verantwortung der aggressiven Person zu negieren⁷².

Eine Reduktion kann auch infolge **Mitverschuldens** erfolgen⁷³. Dies könnte angenommen werden bei einem Übernahmeverschulden⁷⁴, oder wenn der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin Ansprüche geltend macht, die nicht auf Art. 6 ArG i.V. mit Art. 342 Abs. 2 OR, sondern nur auf Art. 328 OR beruhen und eine Information über den erhöhten Schutzbedarf unterblieben ist. Allerdings ist beim allfälligen Mitverschulden zu berücksichtigen, ob die

⁶⁵ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 14.61; IDERKUM, Rz. 298 ff. und 339.

⁶⁶ PORTMANN, Genugtuung, S. 14 f.

⁶⁷ Im Leiturteil 2 wurde die Genugtuung gem. Art. 49 OR vom Bundesgericht von CHF 15'000 auf 10'000 reduziert. Die höchste dokumentierte Genugtuungssumme in einem Mobbing-Fall mit Invaliditätsfolge ist CHF 25'000 gem. BGer vom 13.10.2004 4C.343/2003, E. 8.2.; Zusammenstellung der Gerichtspraxis in STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 N 5 (sexuelle Belästigung), N 8 (Persönlichkeitsverletzung), N 16 (Gesundheitsschäden), N 17 (Mobbing), N 17a (Stresshaftung) sowie DUNAND, S. 115 f.

⁶⁸ PORTMANN, Stresshaftung, S. 12.

⁶⁹ BGE 113 II 86, E. 1b; PORTMANN, Stresshaftung, S. 9; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 16; WYLER, Droit du travail, S. 325.

⁷⁰ BGE 131 III 12, E. 4.

⁷¹ DUNAND, S. 118.

⁷² DEVEAUD-PLÉDRAN, S. 125; EHRENBURG, S. 419 ff.; HIRIGOYEN, S. 22 f.

⁷³ BGE 100 II 352, E. 2b; GALLI, S. 106; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 16; TIESTE, Stress, S. 273.

⁷⁴ Oben Rz. 250 f.; BGE 130 III 699 (Pra 94, Nr. 74), E. 4.1; PORTMANN, Art. 321e OR N 2; AUBERT, Commentaire, Art. 336 OR N 5; PORTMANN, Stresshaftung, S. 4.

Information krankheitsbedingt unterblieben ist⁷⁵. Die Mitverantwortung der Arbeitnehmenden wird aber von Schweizer Gerichten ohnehin schon übermässig gewichtet, wodurch die Arbeitgebenden zu stark von ihrer primären Verantwortung entbunden werden⁷⁶. Die Gerichte müssten ihre Praxis demnach ändern, um die Haftung zu verschärfen.

- 794 Die Arbeitgeberin haftet für den Schaden auch nur in *dem* Umfang, wie er auf die Verletzung ihrer Schutzpflicht zurückzuführen ist (Art. 44 Abs. 1 OR), also nur für die **arbeitsbedingte Teilursache**⁷⁷. Ist eine Gesundheitsbeeinträchtigung durch das Zusammenwirken von arbeitsbedingten und privaten Belastungen entstanden, wird der Schaden dementsprechend aufgeteilt⁷⁸.

2. Gewinnherausgabe

- 795 Die Herausgabe eines unrechtmässigen Gewinnes bedeutet eine spürbare Verschärfung der Haftung. Mit dieser Sanktion wird die Erwartung einer starken generalpräventiven Wirkung verbunden (z.B. Art. 28a Abs. 3 ZGB, Art. 423 OR, Art. 9 Abs. 3 UWG und Art. 12 Abs. 1 lit. c KG)⁷⁹. Die Gewinnherausgabe ist im hier interessierenden Kontext nur für **Persönlichkeitsverletzungen** (in Art. 28a Abs. 3 ZGB) vorgesehen. Versteht man das Rechtsgut «Persönlichkeit» nicht als Oberbegriff, welcher auch die physische und psychische Gesundheit umfasst, sind kaum Konstellationen denkbar (z.B. Mobbing, Diskriminierungen), bei denen Arbeitgebende durch Verletzung der Persönlichkeit von Arbeitnehmenden einen unrechtmässigen Gewinn erzielen⁸⁰. In solchen Fällen könnte jedoch zusätzlich zu Schadenersatz und Genugtuung eine Gewinnherausgabe zugesprochen werden⁸¹.
- 796 Will man aber Betriebe zur Rechenschaft ziehen, die durch **Schädigungen der Gesundheit** («Auspressen» der Belegschaft) hohe Gewinne erzielen, fragt es sich, ob Art. 28a ZGB i.V. mit Art. 328 OR als Anspruchsgrundlage für die Herausgabe des Gewinnes genügt. Art. 328 OR konkretisiert Art. 28

⁷⁵ Oben Rz. 754.

⁷⁶ GABATHULER, S. 40.

⁷⁷ FREI, Rz. 60 ff.; GALLI, S. 84; DUNAND, S. 117; LETSCH, Rz. 187; PORTMANN, BSK, Art. 328 OR N 21e; PORTMANN, Stresshaftung, S. 9.

⁷⁸ PORTMANN, Stresshaftung, S. 9. Vgl. aber oben Rz. 243.

⁷⁹ DASSER, S. 105; WOLF SALOME, Persönlichkeitsverletzung und Gewinnherausgabe – Bemerkungen zum Präventionspotential einer opferfreundlichen Rechtsprechung, in: Wolf Salome/Mona Martino/Hürzeler Marc (Hrsg.), Prävention im Recht, Basel 2008, S. 221–236, S. 228 ff.

⁸⁰ Inderkum, Rz. 461.

⁸¹ Oben Rz. 173. BGE 133 III 153, E. 2.5; AEBI-MÜLLER REGINA E./HAUSHEER HEINZ, Gewinnherausgabe nach Persönlichkeitsverletzung durch Medien, in: ZBJV 143/2007, S. 341–354, S. 352 f.

ZGB für Arbeitsverhältnisse⁸² und nennt die Rechtsgüter «Gesundheit und persönliche Integrität» nebeneinander. Daraus muss geschlossen werden, dass persönliche Integrität hier nicht als Oberbegriff gilt, welcher auch die physische und psychische Gesundheit umfasst⁸³. Für die Zusprache unrechtmässig erlangter Gewinne durch Verletzung der *Gesundheit* der Arbeitnehmenden (z.B. durch «Überbeanspruchung») bedürfte es demzufolge einer neu zu schaffenden Rechtsgrundlage.

3. Strafzahlungen

Die Sanktionswirkung kann verschärft werden mit der Zusprechung von hohen Genugtuungssummen⁸⁴ oder mit der Einführung von sog. **Punitive Damages**, d.h. wer den Schaden verursacht, muss über den effektiven Schaden hinaus⁸⁵ Strafzahlungen leisten. Dies ist z.B. bei «Entschädigungen»⁸⁶ wegen ungerechtfertigten fristlosen Entlassungen (Art. 337c Abs. 1 OR) und missbräuchlichen Kündigungen (Art. 336a Abs. 2 Satz 2 OR) oder zum Teil⁸⁷ gemäss Art. 5 GIG⁸⁸ bereits der Fall⁸⁹. Es kommen aber auch automatische Verdoppelung oder Verdreifachung des Schadenersatzbetrages (double oder treble damages)⁹⁰ oder Pauschalisierungen in Betracht⁹¹.

Rechtspolitisches Ziel der Zusprechung von Summen, die über die Deckung eines effektiven Vermögensschadens hinaus gehen, ist es, die Verurteilten, aber auch Dritte zu veranlassen, sich in Zukunft korrekt zu verhalten («teach a lesson», «send a message»). Der Rechtsgutsverletzung will man damit zudem den wirtschaftlichen Anreiz nehmen⁹². Voraussetzungen für solche

⁸² HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 13.54.

⁸³ So auch oben Rz. 232 f.

⁸⁴ PORTMANN, Stresshaftung, S. 11 ff.; PORTMANN, Genugtuung, S. 14 f.

⁸⁵ DASSER, S. 102.

⁸⁶ Explizit wird die Sanktion ausschliesslich als Strafe gesehen in: Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4.12.2000, in: ZR 100/2001 S. 176-179, S. 179. Das Bundesgericht betont den doppelten Charakter: Strafe für die Verursacher und Genugtuung für geschädigte Personen (BGE 123 III 391, E. 3.c; BGE 123 V 5, E. 2a).

⁸⁷ RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, Art. 5 GIG N 25.

⁸⁸ AUBERT GABRIEL in Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genf 2011, Art. 5 GIG N 67; DASSER, S. 107.

⁸⁹ Gemäss BGE 133 III 657, E. 3.4 sind diese Bestimmungen wegen ihres Ausnahmecharakters im schweizerischen Recht jedoch restriktiv auszulegen; DASSER, S. 106.

⁹⁰ GALLI, S. 67; DASSER, S. 102 ff.

⁹¹ Ein Beispiel dafür ist Art. 5 Abs. 3 und 4 GIG, wonach bei sexueller Belästigung der Betrag geschuldet ist, der maximal sechs schweizerischen Durchschnittslöhnen entspricht. DASSER, S. 106 f.; RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, Art. 5 GIG N 57.

⁹² DASSER, S. 103.

Strafzahlungen (wie z.B. Böswilligkeit oder krasse Rücksichtslosigkeit der schädigenden Person⁹³) müssten eine gesetzliche Grundlage haben.

- 799 Eine gesetzliche Einführung von Strafzahlungen für Verletzungen der Fürsorgepflicht würde voraussichtlich die **Befolgung der Präventionspflichten** durch Unternehmen verbessern. Eine Erhöhung der einklagbaren Schadenssumme erhöht aber auch die Wahrscheinlichkeit, dass das Urteil wegen ungenügender Finanzkraft der beklagten Arbeitgeberin nicht durchsetzbar ist⁹⁴. Die Last der Rechtsverwirklichung hätten jedenfalls die Arbeitnehmenden zu tragen. Für sie werden die heute schon bestehenden Hindernisse⁹⁵ mit einer Erhöhung der einklagbaren Summen nicht unbedingt kleiner.

C. Verfahrenserleichterungen

- 800 Es fragt sich, ob es gerechtfertigt ist, dass geschädigten Arbeitnehmenden zugemutet wird, mit Zivilklagen für die Einhaltung der Fürsorgepflicht zu sorgen, welche ja zu einem guten Teil auch öffentliche Interessen abdeckt. Um ihnen wenigstens die **Rechtsdurchsetzung** zu erleichtern, können verschiedene Mittel begünstigen, diesen Weg zu beschreiten. Neben den bereits erwähnten Beweiserleichterungen können solche Mittel sein: die ausdrückliche Zulassung von Verbandsklagen⁹⁶, eigentliche class actions⁹⁷, vollständige Kostenlosigkeit des Verfahrens⁹⁸.
- 801 Besteht das Bedürfnis nach einem solchen Ausbau von Verfahrensrechten, ist dies ein Hinweis darauf, dass sich politische Spannungen und Konflikte, welche früher in öffentlichrechtlichen Regimes ausgetragen wurden, **ins Privatrecht verlagert** haben⁹⁹. PIERRE MOOR nennt es «la fuite vers le droit privé»¹⁰⁰. Wird der Konflikt wieder in die öffentlichrechtliche Sphäre reimportiert (wo die Realisierung öffentlicher Interessen eigentlich hingehört), schwindet auch das Bedürfnis nach solchen Korrekturen im Privatrecht. In einer Übergangsphase können sie aber erforderlich sein.

⁹³ DASSER, S. 102.

⁹⁴ GALLI, S. 66 f.

⁹⁵ Oben Rz. 745.

⁹⁶ Analog Art. 7 GlG. GALLI, S. 67

⁹⁷ LEANDRO PERUCCHI, Class actions für die Schweiz, AJP 2011, S. 489 ff.

⁹⁸ Durch Ergänzung von Art. 114 ZPO, bzw. Art. 65 BGG.

⁹⁹ TEUBNER, S. 159 f.

¹⁰⁰ MOOR, S. 137.

D. Urteilstwirkung

Zivilrechtliche Urteile haben den Nachteil, dass sie nur zwischen den Streitparteien wirken. Will man über das im Streit stehende Arbeitsverhältnis hinaus (auch für andere Arbeitnehmende) eine präventive Wirkung erzielen, ist dies heute nur indirekt über mehrere Zwischenstationen möglich, wie die vorstehend behandelten Verbesserungsmöglichkeiten zeigen. Einen direkteren Ansatz verfolgt der neue britische Equality Act¹⁰¹. Danach können Arbeitsgerichte in Diskriminierungsfällen nicht nur Ansprüche zwischen den Streitparteien regeln, sondern der beklagten Arbeitgeberin Massnahmen vorschreiben, die eine **Verbesserung für die ganze Belegschaft** bezwecken. Sect. 124 des Equality Act 2010 vom 1. Oktober 2010 lautet (in Auszügen):

The tribunal may ... make an appropriate recommendation.

(3) An appropriate recommendation is a recommendation that within a specified period the respondent takes specified steps for the purpose of obviating or reducing the adverse effect of any matter to which the proceedings relate

- (a) on the complainant;
- (b) on any other person.

Einen ähnlichen Ansatz verfolgt die «Die Genfer Praxis»¹⁰²: gestützt auf Art. 49 OR wird eine **gerichtliche Missbilligung** (réprobation judiciaire) ausgesprochen. Dies wurde vom Bundesgericht nicht beanstandet¹⁰³, ist in der Schweizer Lehre jedoch umstritten¹⁰⁴.

¹⁰¹ DÖSE ANNEGRET, Der neue britische Equality Act – Impulse für eine effektivere Bekämpfung der Diskriminierung wegen des Geschlechts in Deutschland? In: Streit, 2/2011, S. 51–59.

¹⁰² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 19.

¹⁰³ BGer vom 21.10.2003 4C.177/2003.

¹⁰⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 19.

§ 4 Bewertung

- 804 In diesem 5. Teil der Untersuchung sind verschiedene Möglichkeiten besprochen worden, die mit den **Mitteln des Zivilrechts** eine Verbesserung der Prävention bewirken können. Haftungsverschärfung und Verfahrenserleichterungen haben zwei Nachteile: Verbesserungen der Prävention können nur indirekt erreicht werden und sie überbinden den Arbeitnehmenden allein die ganze Rechtsdurchsetzungslast. Andererseits verfügen die Arbeitnehmenden i.d.R. über mehr Informationen über Präventionsdefizite an ihren Arbeitsplätzen als die Verwaltungsbehörden¹.
- 805 Verbesserungen, die direkter auf eine **Erfüllung der Fürsorgepflicht** abzielen, wie das betriebsinterne Verfahren der Gefährdungsanzeigen, sind vorzuziehen². Diese Neuerung verbessert und strukturiert die Kommunikation unter den Vertragsparteien mit dem Ziel, im konkreten Betrieb die Präventionsmassnahmen zu verbessern. Es reduziert die Vertragsbeziehung nicht auf die ökonomische Dimension wie das Haftungsrecht, sondern vermag die «soziale Rationalität»³ einzubeziehen. Auch die Arbeitnehmenden haben ein Signal, dass sie zur Verbesserung von Arbeitsbedingung beitragen können und sollen. Mit dem obligatorischen Einbezug der Arbeitsinspektorate⁴ wird dafür gesorgt, dass der Staat zu den nötigen Informationen kommt und seinen Teil zur allgemeinen Verbesserung der Prävention im Interesse aller Arbeitnehmenden übernimmt.
- 806 Urteile von Zivilgerichten sind zwar spektakulärer. Sie machen immerhin deutlich, dass **Prävention eine Rechtspflicht** ist und ihre Vernachlässigung «ins Auge gehen» kann. Verschärfung der Haftung und Erschwerung von (missbräuchlichen) Kündigungen sind wohl zu geringe Anreize für eine wirkungsvolle Schadensverhütung und -minderung⁵. Wissen und Sensibilität für psychische Gesundheitsrisiken können in den Unternehmen durch Haftungsfälle nur zum Teil verbessert werden und im schlimmsten Fall zu kontraproduktiven Ergebnissen führen⁶. Die Schwierigkeiten bei der Durchsetzung von Ansprüchen infolge einer psychischen Beeinträchtigung sprechen vielmehr dafür, der öffentlichrechtlichen Prävention Priorität einzuräumen⁷. Ausser-

¹ WAGNER, S. 446 f.

² Oben Rz. 747 ff.

³ TEUBNER, S. 158.

⁴ Dazu oben Rz. 755 ff.

⁵ GALLI, S. 66 f. Die Verlängerung der Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgebenden, hat in den Niederlanden hingegen die Einrichtung betriebsinterner «arbodienste» (Fachgruppen für Gesundheitsvorsorge) begünstigt (VEIGEL, S. 92).

⁶ LEMPEN, S. 1433.

⁷ MOOR, S. 134; SONNENBERG, S. 78.

dem ist Haftung nur dann ein Anreiz zum Tätigwerden, wenn sich Arbeitgebende nicht gegen Ansprüche versichern können⁸, wobei risikogerechte Prämien diesen Effekt wieder mildern können⁹.

Bei **rechtspolitischen Entscheiden** zwischen Verbesserung des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzes und einer Verschärfung des Haftungsrechts muss man sich der gegenseitigen Wechselwirkung bewusst sein, wie sie der deutsche Privatrechtler GERHARD WAGNER treffend beschreibt¹⁰: 807

Ganz allgemein verhalten sich die Verhaltenssteuerung durch das öffentliche Recht und jene durch Privatrecht wie zwei kommunizierende Röhren. Wo sich das öffentliche Recht zurückzieht, wächst die Bedeutung des Privatrechts.

Umgekehrt ist Prävention durch öffentliches Recht gefragt, wenn die indirekte Wirkung des Haftungsrechts zu schwach ist. Um optimale Wirkungen zu erreichen, wird man wohl auch künftig auf beide Wege angewiesen sein. Ob und wofür der Weg des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts gewählt wird, muss stets mit dem Blick auf die konkreten Schutzbedürfnisse und die Aufgabenbereiche des Staates bezogen sein¹¹. In einem solchen «Konzert spielt das Privatrecht vielleicht nicht die erste Geige, aber doch eine wichtige und letztlich unverzichtbare Rolle»¹².

Ob man auf das öffentliche Recht (als das Recht der politischen Prozesse) oder das Privatrecht (als das Recht der ökonomischen Prozesse)¹³ setzt, immer stellt sich die Frage der Gewichtung der sich gegenüberstehenden Ziele von **Arbeitsschutz und Wirtschaftsfreiheit**¹⁴. Beim öffentlichen Arbeitsschutz wird diese Abgrenzung offener und unter Beteiligung mehrerer Akteure getroffen, was bei zivilrechtlicher Rechtsprechung in geringerem Mass der Fall ist. 808

Auch die **Nebenwirkungen** sind in beiden Rechtsbereichen gleichermassen zu bedenken: Es besteht nämlich in beiden Fällen die Gefahr, dass sich der 809

⁸ HOEL/EINARSEN, S. 41; MOSSINK, S. 21. MANNSDORFER, S. 319 FN 113 zitiert Versicherungsklauseln für die Deckung «arbeitnehmerbezogener Pflichtverletzungen wie insbesondere, aber nicht ausschliesslich, jeder Form von Diskriminierung, Belästigung, Mobbing, Vergeltungsmassnahmen, missbräuchlicher Kündigung des Arbeitsverhältnisses sowie anderer arbeitnehmerbezogener Pflichtverletzungen gemäss Gesetz».

⁹ WAGNER, S. 455.

¹⁰ WAGNER, S. 450.

¹¹ BRÜCKNER, S. 44 f.

¹² WAGNER, S. 441.

¹³ TEUBNER, S. 132.

¹⁴ Dazu eingehend oben Rz. 530 ff.

beabsichtigte Arbeitsschutz in sein Gegenteil verkehrt¹⁵. Die Folge einer verschärften Haftung aufgrund von tatsächlichen (oder von den Arbeitgebenden antizipierten) Klagen, aber auch eine sehr rigide Ausgestaltung und Durchsetzung des Arbeitsschutzrechts hätten wohl zur Folge, dass bei Stellenbesetzungen (noch) stärker darauf geachtet wird, dass keine psychisch fragilen Bewerberinnen und Bewerber zum Zuge kommen¹⁶. Diese Gefahr ist aber angesichts des notorischen Vollzugsdefizits des Verwaltungsrechts¹⁷ auch bei Umsetzung der vorgeschlagenen Verbesserungen des öffentlichen Arbeitsschutzes weniger gross.

- 810 Allgemein ist es vorzuziehen, dass öffentliche Interessen primär durch den Staat und das öffentliche Recht durchgesetzt werden und ihm die Mittel gegeben werden, damit er sich wirksam um das **Verhindern von Rechtsgutsverletzungen** kümmern kann. Das Privatrecht kann sich dann auf Schadensausgleich und Wiedergutmachung vergangenen Unrechts konzentrieren, wie dies der Haftpflichtrechtler MAX KELLER schon bezüglich Strassenverkehrsunfällen postuliert hat¹⁸:

Darum ist es höchst bedenklich, dass der Schwerpunkt, der nach unserer traditionellen Wertordnung auf dem Schutz des Individuums vor Angriffen auf diese Rechtsgüter, mithin auf der Gefahrenprophylaxe liegen sollte, mehr und mehr auf die blosser Wiedergutmachung materieller oder immaterieller Unbill verlagert wird. So haben wir ein überaus wirksames und differenziertes Haftpflicht- und Versicherungssystem für Verkehrsunfälle entwickelt, gehen aber kaum ernstlich daran, auf unseren Strassen wieder menschenwürdige Zustände zu schaffen. Dabei erhebt doch unsere Rechtsordnung, die in ihrem Grundgehalt von der Idee der Humanität geprägt ist, den Anspruch, auf das Wohl des Menschen ausgerichtet zu sein.

- 811 Wie die Geschichte der Unfallverhütung zeigt, kann jedoch eine Verschärfung der zivilrechtlichen Haftung – sei es auf dem Wege der Gesetzgebung oder durch die Rechtsprechung – als **Zwischenschritt** nötig sein, um solidarische Lösungen durch das Sozialversicherungsrecht zu ermöglichen. Im letzten Teil der Untersuchung soll *dieser* Rechtsbereich daher noch auf sein Verbesserungspotential hin beleuchtet werden.

¹⁵ GABATHULER, S. 39.

¹⁶ GABATHULER, S. 40; PORTMANN, BSK, Art. 328 OR N 21e.

¹⁷ REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 183; WAGNER, S. 441.

¹⁸ KELLER MAX, Haftpflicht und Versicherung in der Wertordnung des technischen Zeitalters, in: Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Oftinger, Zürich 1969, S. 111 ff., S. 111, zitiert in HÜRZELER, S. 127.

Teil 6: Anpassungen im Sozialversicherungsrecht

§ 1 Einleitung

Unternehmen können wegen **Verletzung ihrer Fürsorgepflicht** nicht nur 812 von ihren Beschäftigten eingeklagt werden, sondern auch von den Versicherungen¹, welche in Wirklichkeit weitgehend für die wirtschaftlichen Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung aufkommen².

Den Erwerbsausfall infolge Krankheit haben in der Schweiz die Arbeitgebenden 813 aufgrund von Art. 324a OR (wenigstens für eine gewisse Dauer) zu übernehmen³. Dieses Risiko der Lohnfortzahlung versichern die meisten Arbeitgebenden freiwillig bei **Krankentaggeld-Versicherungen**⁴. Z.T. sind Arbeitgebende zum Abschluss einer kollektiven Krankentaggeldversicherung aufgrund eines GAV verpflichtet⁵. In diesen privaten Versicherungsverträgen aufgrund des VVGs⁶ sind Arbeitgebende Versicherungsnehmer⁷.

Das Leiturteil 2 ist ein Beispiel dafür, dass eine Krankentaggeld-Versicherung 814 auf **Defizite in der Prävention** aufmerksam wird, wenn etwa in einem Unternehmen eine Häufung von psychischen Erkrankungen oder eine im Vergleich zu anderen Unternehmen allgemein hohe Krankheitsrate vorliegt⁸. Möglicherweise versucht der Versicherer in solchen Fällen mit dem Betrieb eine Lösung zu finden; er wird vielleicht aber einfach die Prämie dem Schadensverlauf entsprechend anpassen.

Haben Arbeitgebende den Schaden zu verantworten, kann der Versicherer 815 nach Art. 14 Abs. 2 VVGs die **Leistungen kürzen**⁹ (was wohl kaum je getan

¹ AUBERT, commentaire, Art. 328 OR N 4; CANNER/SCHOOP, Art. 6 ArG, Anm. 13, S. 23; DUNAND, S. 114.

² MURER, S. 420 f.

³ S. unten Rz. 841.

⁴ FIERZ, S. 16; HÜRZELER/TAMM/BIAGGINI, Rz. 569.

⁵ MÜLLER HANS-RUDOLF, S. 23.

⁶ Die Taggeldversicherungen nach Art. 67 ff. KVG haben praktisch keine Bedeutung (SCHAER, S. 167).

⁷ MÜLLER HANS-RUDOLF, S. 30.

⁸ Oben Rz. 32.

⁹ Bzw. haftet nicht bei vorsätzlicher Herbeiführung des Versicherungsfalles (Art. 14 Abs. 1 VVG). HÜRZELER/TAMM/BIAGGINI, Rz. 365.

wird)¹⁰. Das direkte Forderungsrecht der Arbeitnehmenden gegenüber der Versicherung (Art. 87 VVG) wird dadurch in diesem Umfange reduziert¹¹. Für den Ausfall müssen sich geschädigte Arbeitnehmende demzufolge wiederum an die Arbeitgeberin wenden (aufgrund von Art. 97 OR)¹².

- 816 Bei einem schlechten Verlauf kann ein Krankentaggeld-Versicherer den Prämiensatz (nach oben) anpassen¹³, was wohl bereits ein deutliches **Signal** an das Unternehmen wäre, nach den Gründen für die vielen Krankheitsabsenzen zu forschen. Die Leistungen sind bei solchen Verträgen aber in der Regel auf 80% des Lohnes entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit und auf eine Dauer von 720 Tagen beschränkt¹⁴. Dadurch besteht bei diesen Privatversicherungen ein weniger grosser Anreiz, eine Verbesserung der Prävention an den Arbeitsplätzen anzuregen als bei Sozialversicherungen¹⁵, die u.U. jahrzehntelang Rentenleistungen zu erbringen haben.

¹⁰ Bei schwerwiegenden Verstössen gegen die Vertragstreue kann der Vertrag auch gem. Art. 28 bzw. 42 VVG gekündigt werden (SCHAER, S. 168).

¹¹ MÜLLER HANS-RUDOLF, S. 27.

¹² BGE 115 II 251, E. 4b; BGE 124 III 126, E. 4; BGer vom 4. 8. 2009 4A_541/2008, E. 6.2; BGer vom 6. 6. 2006 4C.260/2005, E. 4; BGer vom 27. 9. 2002 4C.189/2002; BGE 127 III 318, E. 5; MÜLLER HANS-RUDOLF, S. 26.

¹³ Ohne Prämienanpassungsklausel ist dies jedoch erst bei Ablauf der Vertragsdauer möglich (FIERZ, S. 15).

¹⁴ FIERZ, S. 9 f.; HÜRZELER/TAMM/BIAGGINI, Rz. 569; PETERMANN/STUDER, S. 764.

¹⁵ HÜRZELER/TAMM/BIAGGINI, Rz. 363; SCHAER, S. 165 f.

§ 2 Regress von Sozialversicherungen

Ist der Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken verletzt worden, können **verschiedene Sozialversicherer** für die von ihnen erbrachten Leistungen auf den fehlbaren Betrieb Regress nehmen. Die Krankenkassen können z.B. für die Kosten der medizinischen Behandlung regressieren¹; die Invalidenversicherung und die Pensionskassen für die nach IVG und BVG erbrachten Rentenleistungen. 817

Den Krankenkassen steht ein **Rückgriffsrecht** gemäss Art. 79 KVG zu, obwohl der Bundesrat den Regress für den Versicherungsfall Krankheit als «eher unwichtig» bezeichnete². Die übrigen Sozialversicherungen haben ein Rückgriffsrecht aufgrund von Art. 75 Abs. 2 ATSG, und die Pensionskassen subrogieren gem. Art. 34b BVG und Art. 27c BVV2³. 818

Für **Krankheitsfälle** haften Arbeitgebende schon bei leichter Fahrlässigkeit. Nur bei Berufsunfällen⁴ ist nämlich die Haftung beschränkt auf diejenigen Fälle, bei welchen sie den Schaden absichtlich oder grobfahrlässig verursacht haben (Art. 75 Abs. 2 ATSG)⁵. Sozialversicherungen können für ihre Leistungen infolge Erkrankungen also unter denselben Voraussetzungen gegen Betriebe vorgehen, wie ihre Arbeitnehmenden, sozusagen «mit der Brille des Geschädigten»⁶. Die Versicherten selber haben aufgrund von Art. 28 ATSG die Pflicht mitzuwirken und der Sozialversicherung alle erforderlichen Angaben zu erteilen⁷. 819

Es bestehen also **rechtliche Voraussetzungen**, um Rückgriff auf die Betriebe zu nehmen, wenn diese eine Schädigung ihrer Arbeitnehmenden zu verantworten haben. Beim Erlass des ATSGs wurde explizit an einen Regress für Leistungen der Arbeitslosenversicherung wegen «z.B. Mobbing» gedacht⁸. Obwohl bei Berufsunfällen ein eingeschränktes Rückgriffsrecht gilt, scheinen die Sozialversicherer nur bei *Unfällen* Regressforderungen zu stellen, nicht aber bei arbeitsbedingten Krankheits- bzw. Invaliditätsfällen. Wie aus den 820

¹ HÜRZELER/TAMM/BIAGGINI, Rz. 460 FN 882.

² Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6.11.1991, BBl 1992 I, S. 207.

³ BGE 132 III 321, E. 2.3.2.3; AUBERT, commentaire, Art. 328 OR N 4; REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 328 OR N 24; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 18.

⁴ Nicht aber bei Berufskrankheiten gemäss dem klaren Wortlaut.

⁵ KIESER, Art. 75 ATSG N 11; Vgl. Bericht der Kommission des Nationalrates vom 26.3.1999 (Gesch.-Nr. 85.227), S. 4660.

⁶ HÜRZELER/TAMM/BIAGGINI, Rz. 439. S. auch oben Rz. 774. STEINER, S. 180 f.

⁷ BGer vom 17. 6.2011 2 C_900/2010, E. 1.6; vgl. betr. IV-Regress auch Art. 6a IVG.

⁸ Bericht der Kommission des Nationalrates vom 26.3.1999 (Gesch.-Nr. 85.227), S. 4654.

Jahresberichten der Regressabteilung des Bundesamtes für Sozialversicherungen zu entnehmen ist, wird vom Regressrecht bei arbeitsbedingten Krankheitsfällen kein Gebrauch gemacht⁹.

- 821 Im **Anmeldeformular** für Leistungen der IV¹⁰ wird zwar die Frage gestellt: «Wurde die gesundheitliche Beeinträchtigung ganz oder teilweise durch Einwirkung Dritter (z.B. Autounfall) herbeigeführt?» Diese Fragestellung ist «misleading» und unvollständig; sie müsste ergänzt werden z.B. mit «übermässiger Arbeitsbelastung, Mobbing etc.». Auch im Formular R, welches die IV zur Abklärung von Regressfällen verwendet¹¹, ist nur von «*verunfallter Person*» die Rede, was ebenfalls darauf hinweist, dass die Verursachung einer Erkrankung in der Praxis gar nicht als Regressfall wahrgenommen wird, ja nicht einmal entsprechende Abklärungen getätigt werden¹². Dies erstaunt, wenn man bedenkt, dass einzelne Arbeitnehmende mit ihren «Stresshaftungsklagen» bereits Erfolg gehabt haben, wie z.B. im Leitfall 2¹³.
- 822 Dass ein solches **Vollzugsdefizit** besteht, ist unverständlich, da die angespannte Finanzlage der Sozialversicherungen Entlastung durch Regresseinnahmen brauchen könnte. Eine Schonung von Betrieben, welche ihren gesetzlichen Präventionspflichten nicht nachkommen und ihre Fürsorgepflicht verletzen, ist schwer zu rechtfertigen, zumal auf der anderen Seite den Versicherten hohe Anstrengungen bei der Wiedereingliederung zugemutet werden. Wenn es an der unklaren Rechtslage liegt, dass das Prozessrisiko zu hoch erscheint¹⁴, wäre dies ein zusätzliches Argument für eine Konkretisierung und eine Verbesserung des Vollzugs des ArGs, wie dies in Teil 2 und 4 vorgeschlagen worden ist.

⁹ Die Jahresberichte der Regressabteilung des BSV (auf www.regress.admin.ch) führen nur Regress bei Unfällen, Kausalhaftpflichtfällen und ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzungen auf. Gleiches geht aus den Beiträgen in der CHSS 2/2012 hervor.

¹⁰ Einsehbar auf www.ahv-iv.info > Dienstleistungen > Formulare.

¹¹ Einsehbar auf www.regress.admin.ch > Dienstleistungen > Formulare.

¹² Im Kreisschreiben Regress IV Rz. 202 werden als regressrelevante Umstände allerdings genannt: «Unfall, Berufskrankheit, ärztliche Fehlhandlungen, Gewaltverbrechen oder *Drittverschulden*».

¹³ Oben Rz. 30 ff.; Weitere Urteile in: PORTMANN, Stresshaftung, S. 4 f.

¹⁴ Darauf deutet der «Regresskodex für alle Gesellschaften des Schweizerischen Versicherungsverbandes» vom 13.5.1989 hin, welcher festhält: «Wir regressieren, wenn wir eine genügende Grundlage haben, d.h. wenn wir auch die Überzeugung haben, der Regress sei berechtigt und wir auch in aller Öffentlichkeit dazu stehen können; wir lehnen nur dann ab, wenn wir eine genügende Grundlage haben, d.h. wenn wir auch die Überzeugung haben, die Ablehnung sei berechtigt und wir auch in aller Öffentlichkeit dazu stehen können.» (auf www.koordination.ch einsehbar).

§ 3 Anerkennung als Berufskrankheit

Beim kurzen Blick in die Geschichte der Unfallversicherung haben wir gesehen, dass Haftungsklagen und eine zunehmende Verschärfung der privatrechtlichen Haftung für Arbeitsunfälle Ende des 19. Jahrhunderts den Boden geschaffen haben für die Errichtung einer **solidarischen Versicherungslösung**¹. Die in den letzten Jahren immer zahlreicher an Zivilgerichte herangetragenen Stresshaftungs- und Mobbing-Klagen könnten der Anfang einer analogen Entwicklung im Bereich der psychischen Risiken sein. Dies würde darauf hinauslaufen, dass Betroffene Leistungen nach UVG beanspruchen könnten, wenn ihr Leiden als Berufskrankheit anerkannt wird. Dies hätte wiederum zur Folge, dass die Suva (nach heutiger Rechtslage) für die Prävention psychischer Risiken am Arbeitsplatz zuständig würde. 823

A. Voraussetzung für Anerkennung in der Schweiz

I. Listen

Unter **Berufskrankheiten** werden im rechtlichen Kontext heute nur die Krankheiten verstanden, bei welchen Anspruch auf Leistungen aufgrund des UVGs (wie bei Unfällen) besteht². Voraussetzung dafür ist, dass die Krankheit oder die sie verursachenden³ Stoffe oder Umstände gemäss Art. 9 Abs. 1 UVG auf einer abschliessenden Liste im Anhang zur UVV aufgeführt sind. Auf diese Liste schaffen es nur Krankheiten oder Umstände, bei denen medizinisch nachgewiesen ist, dass sie «ausschliesslich oder vorwiegend», d.h. mit einer Wahrscheinlichkeit von über 50% auf die berufliche Betätigung oder Exposition zurückzuführen sind⁴. 824

Die Qualifikation eines **psychischen Leidens** als Berufskrankheit würde voraussetzen, dass eine Arbeit als solche typischerweise geeignet ist, die Psyche zu schädigen⁵ oder ausserhalb einer bestimmten Berufsgruppe gar nicht auftritt⁶. Die medizinischen Zusammenhänge zwischen Stress und einzelnen 825

¹ Oben Rz. 766. Eingehend zum geschichtlichen Hintergrund der Berufskrankheiten: LENGWILER, S. 153 ff.

² KIESER, Art. 4 ATSG N 74 f.; MAURER, 1985, S. 205 f.

³ Die Gerichtspraxis schliesst auch Verschlimmerungen ein gemäss BGE 108 V 160, E. 1; BGE 117 V 354, E. 4c; KIESER, Art. 4 ATSG N 77.

⁴ MAURER, 1985, S. 215; RUMO-JUNGO, S. 83.

⁵ Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission vom 10.5.2001, VPB 2001/65.96, E. 3a (mit Hinweisen auf unveröffentlichte Bundesgerichtsentscheide).

⁶ BGer vom 23.4.2001, U 160/01, E. 3.

Krankheiten sind gut erforscht⁷. Eine dänische Längsschnittuntersuchung hat z.B. jüngst wieder einen signifikanten Zusammenhang zwischen «adverse psychosozial working conditions», tiefer hierarchischer Stellung und Depressionen bestätigt⁸. Dennoch werden psychische Erkrankungen infolge von Umständen am Arbeitsplatz in der Schweiz grundsätzlich nicht als Berufskrankheiten anerkannt. Auf der aktuellen schweizerischen Liste finden sich denn auch keine Erkrankungen infolge psychischer Arbeitsbelastungen.

II. Individuelle Anerkennung

- 826 Die einzelnen Versicherten könnten jedoch aufgrund von Art. 9 Abs. 2 UVG eine **individuelle Anerkennung** ihrer Krankheit als Berufskrankheit erwirken, wenn sie beweisen können, «dass sie ausschliesslich oder stark überwiegend durch berufliche Tätigkeit verursacht worden» ist. Die Gerichtspraxis ist mit der Anerkennung solcher Berufskrankheiten jedoch ausserordentlich zurückhaltend⁹. Aufgrund einer multifaktoriellen Genese ist es kaum vorstellbar, dass je eine psychische Krankheit als Berufskrankheit nach Art. 9 Abs. 2 UVG anerkannt werden kann nach der heutigen Praxis¹⁰. Soweit ersichtlich, ist in der Schweiz die Anerkennung eines Leidens wegen psychischen Belastungen am Arbeitsplatz noch in keinem Fall gelungen¹¹.
- 827 Für eine individuelle Anerkennung einer Krankheit als Berufskrankheit muss nämlich ein kausaler Zusammenhang mit einer **Wahrscheinlichkeit** von über 75%¹² zwischen Arbeitssituation und Krankheit nachgewiesen sein¹³, d.h. die Ursachen aus anderen Gründen (z.B. Privatleben) dürfen nicht mehr als 25%

⁷ Z.B. oben Rz. 360.

⁸ RUGULIES REINER/AUST BIRGIT/MADSEN IDA E./BURR HERMANN/SIEGRIST JOHANNES/BÜLTMANN UTE, Adverse psychosocial working conditions and risk of severe depressive symptoms – Do effects differ by occupational grade? In: European Journal of Public Health, Juni 2012 (online).

⁹ KIESER, Art. 4 ATSG N 75; MAURER, 1985, S. 222; SONNENBERG, S. 142 ff.

¹⁰ BGE 126 V 183, E. 4; BGer vom 10.11.09 8C_740/2008, E. 4.2.2 (betr. Epikondylitis); RUMO-JUNGO, S. 86 f. Siehe auch TIESTE, Stress, S. 179 für Deutschland.

¹¹ Verwaltungsgericht Zug, Urteil vom 3.7.1986 (SG N. 433) in GVP ZG 1985–1986, S. 75 ff.; FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Le recours subrogatoire de l'assureur-accidents selon la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurés sociaux (LPGA), in: Kahil-Wolff Bettina/Wyler Rémy (Hrsg.), Assurance sociale, responsabilité de l'employeur, assurance privée, Berne 2005, S. 61–78, S. 127. Für Deutschland: TIESTE, Überarbeitung, S. 214 f.

¹² MAURER, 1985, S. 221.

¹³ BGer vom 30.4.2012 8C_108/2012, E. 3.1; BGE 126 V 183, E. 4; BGE 114 V 109, E. 3b.

des gesamten Ursachenspektrums ausmachen¹⁴. Da es schwierig ist, diese Wahrscheinlichkeitsgrade auf konkrete Fälle anzuwenden, behilft sich die Praxis mit Zusatzkriterien. Danach werden z.B. Rückenkrankheiten erst nach einer Expositionsdauer von mehr als 10 Jahren anerkannt¹⁵. Ist eine Krankheit (wie z.B. Depression, Angststörung) in der Bevölkerung weit verbreitet, kann nach heutiger Rechtslage der Nachweis nicht geleistet werden, dass eine versicherte Person, welche bestimmten Arbeitsbelastungen ausgesetzt war, vier Mal häufiger von einem Leiden betroffen ist als die Bevölkerung im Durchschnitt¹⁶.

Viele Arbeitsbelastungen in Dienstleistungsbetrieben können mit gesundheitlichen Beanspruchungsfolgen wie Rückenschmerzen, muskuloskelettalen Beschwerden und psychischen Beschwerden verbunden sein. Diese Symptome können ihren Ursprung aber auch im Privatleben haben und gehören beinahe zum «modernen Menschen». Solche Leiden erfordern bisweilen «akrobatische» Beweise¹⁷ bezüglich der **beruflichen Ursache**. Hier ist es nämlich viel schwerer den derart stark überwiegenden beruflichen Zusammenhang beweisen zu können¹⁸, als bei Umständen, die im Privatleben gar nicht auftreten (wie gewisse chemische oder bakteriologische Stoffe). Daher machen Hautkrankheiten infolge Umgangs mit bestimmten Stoffen, Gehörschäden und Kontamination mit Erregern den grössten Teil der anerkannten Berufskrankheiten aus¹⁹. Unter den Folgen von psychischen Risiken leiden indessen viele Menschen in zahlreiche Berufsgruppen, sodass diese Gesundheitsschäden kein für einen bestimmten Beruf typisches Risiko darstellen²⁰.

Die strenge Anerkennungspraxis ist insbesondere für psychische Arbeitsbelastungen verschiedentlich auf Bedenken und **Kritik** gestossen²¹:

Gefragt werden kann, ob der bestehende Katalog der Berufskrankheiten heute noch vollumfänglich befriedigt: Die Lebensumstände haben sich in den vergangenen Jahrzehnten stark verändert. Es fand zusehends eine Verschiebung des Arbeitsmarktes von der Industrie zur Dienstleistungstätigkeit statt. Diese fördert aber auch neue Formen der beruflich bedingten Krankheiten zu Tage, insbesondere psychische Gesundheitseinschränkungen auf Grund übermässiger Stressbelastungen. Man könnte hier wohl geradezu von den «Berufskrankheiten des 21. Jahrhunderts» sprechen.

¹⁴ KIESER, Art. 4 ATSG N 81; RUMO-JUNGO, S. 86.

¹⁵ BGE 116 V 136, E. 5c; BGer vom 27. 8.2003, E. 3.

¹⁶ BGE 126 V 183, E. 4c.

¹⁷ SONNENBERG, S. 197.

¹⁸ LETSCH, Rz. 176; SONNENBERG, S. 197.

¹⁹ Unfallstatistik UVG 2012, S. 48 (auf: www.unfallstatistik.ch).

²⁰ Antwort des BR vom 5.3.2004 auf die Anfrage «Arbeitsbedingte Krankheiten. Forschung und Prävention», eingereicht von NR Jean-Claude Rennwald vom 9.12.2003 (Gesch.-Nr. 03.1138); PORTMANN, Stresshaftung, S. 12; SCHOLZ, S. 56. Analog in Deutschland: VON TROTHA, S. 254 f.

²¹ HÜRZELER, S. 151; ähnlich auch PETERMANN, Pflichten, S. 11.

- 830 Eine Anerkennung von Berufskrankheiten infolge psychischer Arbeitsbelastungen bedürfte demnach einer **Gesetzesänderung** mit einer Reduktion der unrealistisch hohen Beweisanforderungen, so dass sie jedenfalls nicht höher wären als in zivilrechtlichen Haftungsprozessen²². Eine Anerkennung könnte auch gefördert werden, wenn die Unfallversicherung (analog zur zivilrechtlichen Schadensbemessung²³) nur in dem Umfang zu Leistungen verpflichtet würde, wie es dem beruflichen Anteil mehrerer Ursachen entspricht²⁴. Für die Feststellung von psychischen Belastungen, die nicht mit der Arbeit in Verbindung stehen, könnte der in Japan entwickelten Kriterienkatalog beigezogen werden²⁵.
- 831 Nicht diskutiert wird in der Schweiz eine **Ausweitung des Unfallbegriffs** bei psychischen Einwirkungen am Arbeitsplatz, indem das Tatbestandelement der Plötzlichkeit weiter gefasst wird als ein kurzer, abgrenzbarer Zeitraum²⁶. In Japan z.B. werden hingegen die einer Erkrankung (kardiovaskuläres Geschehen oder Depression) bzw. einem Todesfall oder Suizid vorangehenden 6 Monate betrachtet, um die Arbeitsbedingtheit festzustellen²⁷. Auch aus Deutschland wird ein Fall berichtet, bei dem ein Hirninfarkt als Arbeitsunfall qualifiziert wurde, weil er mit einem das übliche Mass überschreitenden akuten Stress in Zusammenhang gebracht wurde²⁸.

B. Internationale Rechtslage und Tendenzen

- 832 Seit 1927 besteht das **IAO-Übereinkommen Nr. 18** über die Entschädigung aus Anlass von Berufskrankheiten, an das auch die Schweiz gebunden ist. Es enthält eine Liste, in der nur die «klassischen» Giftstoffe und gefährlichen Arbeiten aufgeführt sind, welche als Berufskrankheiten entschädigt werden, aber keine psychischen Risiken.
- 833 Das IAO-Übereinkommen Nr. 121 über Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten von 1964 wurde von der Schweiz bisher nicht ratifiziert²⁹.

²² Oben Rz. 782 ff.

²³ Oben Rz. 793 f.

²⁴ Art. 36 UVG gilt nur für Unfälle und nicht für Berufskrankheiten. KIESER, Art. 4 ATSG N 77.

²⁵ TIESTE, Überarbeitung, S. 197 f. Vgl. auch oben Rz. 785.

²⁶ KIESER, ATSG Art. 4 N 13.

²⁷ TIESTE, Überarbeitung, S. 200 und 209; TIESTE, Stress, S. 242.

²⁸ PODEHL, S. 2091 (m. H. auf eine Entscheidung des Sächsischen Landessozialgerichts vom 7. 2. 2002, L 2 U 64/00, HVBG-INFO 2002, S. 1474; die Quelle konnte jedoch nicht überprüft werden).

²⁹ Bei der Beurteilung 1965 war der Geltungsbereich noch zu weit, da in der Schweiz noch kein Versicherungsobligatorium bestand (BBl 1965, S. 688 f.). Seither erfolgte

Aus Sicht der IAO soll die **Empfehlung Nr. 194** zu diesem Übereinkommen den nationalen Behörden als Grundlage für die Erstellung ihrer eigenen Listen dienen. Der Verwaltungsrat der IAO hat nun 2010 eine neue, von den Mitgliedern anerkannte Liste von Berufskrankheiten genehmigt, die «the state-of-the-art» wiedergebe³⁰. Diese Liste enthält nun erstmals die Kategorie «2.4. *Mental and behavioural disorders*» mit den beiden Unterkategorien:

2.4.1. Post-traumatic stress disorder

2.4.2. Other mental or behavioural disorders not mentioned in the preceding item where a direct link is established scientifically, or determined by methods appropriate to national conditions and practice, between the exposure to risk factors arising from work activities and the mental and behavioural disorder(s) contracted by the worker.

Einleitend wird in dem Bericht zu dieser Neuerung ausgeführt, dass bei der **Definition von Berufskrankheiten** auch die Konsistenz und Kohärenz von Forschungsergebnissen berücksichtigt werden müsse. Es genüge auf Interventionsstudien abzustellen, wenn sie zeigen, dass durch eine Massnahme ein Risiko oder eine Gefährdung reduziert werden konnte³¹. D.h. es wird nicht mehr allein auf einen medizinisch *nachweisbaren* Kausalzusammenhang abgestellt, sondern auf Erfahrungen mit der Wirkung von präventiven Interventionen, was insbesondere für psychische Risiken und psychische Krankheiten eine breitere Anerkennungspraxis eröffnet.

Auf europäischer Ebene enthält die **Empfehlung der Europäischen Kommission** von 2003³² eine Liste von Berufskrankheiten. Bei der Beratung ist es ausdrücklich abgelehnt worden, psychische Beschwerden mit psychosozialen Ursachen auf die europäische Liste zu setzen³³. Dennoch werden statistische Angaben in den Mitgliedstaaten erhoben zu «berufsbedingten Gesundheitsproblemen» wie «Stress, Depression oder Beklemmung» und «Faktoren bei der Arbeit, die sich negativ auf das psychische Wohlbefinden ... auswirken können», wie «Mobbing und Belästigung» und «Zeitdruck oder Arbeitsüberlastung», denn «die Statistik soll die Aufdeckung von neu auftretenden Phänomenen erleichtern»³⁴.

offenbar noch keine Neubeurteilung gem. Antwort des Bundesrates vom 15.5.2002 auf die Einfache Anfrage von NR Paul Rechsteiner vom 20.3.2002 «Ratifikation von ILO-Abkommen» (Gesch.-Nr. 02.1025).

³⁰ ILO, Occupational diseases, Preface.

³¹ ILO, Occupational diseases, S. 8.

³² Empfehlung vom 19. 9.2003 über die Europäische Liste der Berufskrankheiten (ABl. 2003 L 238 vom 25.9.2003).

³³ PRINS/HEIJDEL, S. 33.

³⁴ Gemäss Verordnung Nr. 341/2006 EG vom 24.2.2006 (ABl. 2006 L 55/9); GAGNEBIN, Rz. 47.

- 836 Auch unter den **europäischen Staaten** hat keiner die eigene Liste mit psychische Belastungen erweitert, aber Belgien, Dänemark, Frankreich, Italien, Norwegen, Portugal und Schweden anerkennen in Einzelfällen psychische Belastungen als Ursache einer Berufskrankheit³⁵. In Italien werden beispielsweise jährlich etwa 400 Fälle anerkannt infolge «disturbi psichici lavoro correlati»³⁶. In anderen Ländern wie Deutschland³⁷, Österreich, Finnland, Luxemburg, Spanien und Irland gibt es zurzeit keine Möglichkeit, psychische Beeinträchtigungen als Berufskrankheiten einzustufen³⁸. Demgegenüber besteht in der kanadischen Provinz Quebec seit den 1980er-Jahren die Möglichkeit «harcèlement psychologique» als Berufskrankheit zu entschädigen³⁹.

C. Aktuelle Situation in der Schweiz

I. Entlastung für die Betriebe

- 837 Arbeitsplätze mit den **«klassischen» Risiken** für Berufskrankheiten haben **abgenommen**. Es verwundert daher nicht, dass die Zahl der Fälle mit anerkannten Berufskrankheiten sich innert 25 Jahren um fast die Hälfte reduziert hat (von 6'680 im Jahr 1984 auf 3'583 im Jahr 2009)⁴⁰. Auch die Zahlen der Berufsunfälle sind zurückgegangen einerseits wegen Verbesserungen in der Unfallverhütung und andererseits, weil es durch die wirtschaftliche Entwicklung mit einer Verlagerung zum Dienstleistungssektor weniger unfallträchtige Arbeitsplätze gibt⁴¹. Dem entsprechend konnten auch die Prämien für Berufsunfälle und Berufskrankheiten kontinuierlich reduziert werden⁴².

³⁵ Eurgip (Hrsg.), *Risques psychosociaux au travail: une problématique européenne*, Paris 2010, S. 19; PRINS/HEIJDEL, S. 32.

³⁶ www.inail.it > Statistiche > Andamento Infortunistico.

³⁷ TIESTE, *Stress*, S. 177.

³⁸ PRINS/HEIJDEL, S. 32.

³⁹ LIPPEL KATHERINE, *Le harcèlement psychologique au travail – portrait des recours juridiques au Québec et des décisions rendues par la Commission des lésions professionnelles*, in: *Pistes*, Band 7, 3/2005.

⁴⁰ Diese Reduktion betrifft die Männer (von 5'675 auf 2'579), während die Zahl der für Berufskrankheiten entschädigten Frauen nach einem Anstieg bis ins Jahr 1989 nun wieder bei 1'000 Fällen pro Jahr liegt (Unfallstatistik UVG 2008–2012, Tabelle 2.2, www.unfallstatistik.ch). Zur früheren Entwicklung: STEINER, S. 175. Neuste Zahlen sind: 2'721 neu gemeldete Berufskrankheiten 2011 (SUVA, Geschäftsbericht 2011, S. 9).

⁴¹ SCHWANINGER/KRIEGER/GRAF, S. 35; PETERMANN, NZZ; STEINER, S. 174.

⁴² Zum sechsten Mal in Folge werden die Prämien für Berufsunfälle und Berufskrankheiten reduziert. Auf 2013 beträgt die Senkung durchschnittlich 2% (SUVA, *benefit*,

Die **Prämien** für Berufskrankheiten schulden ausschliesslich die *Arbeitgebenden*, die Arbeitnehmenden müssen sich daran nicht beteiligen (Art. 91 Abs. 1 UVG). Damit versichern die Betriebe typische Erkrankungsrisiken und sind im Umfang der Versicherungsleistungen von einer persönlichen Haftung befreit. Die Unfallversicherer können für die von ihnen erbrachten Leistungen (Heilungskosten, Taggelder, Renten etc.) voll auf die Betriebe Rückgriff nehmen, denn das Regressprivileg gem. Art. 75 Abs. 2 ATSG gilt nur für Berufsunfälle, nicht aber für Berufskrankheiten. Die Betriebe wurden insgesamt in den letzten Jahrzehnten zunehmend von Prämienzahlungen und Regressforderungen⁴³ entlastet, weil die Zahl der anerkannten Berufskrankheiten zurückgegangen ist. 838

Nach Schätzungen der Suva wäre mit einer **Verdreifachung der Prämien-sätze** für Berufsunfälle und Berufskrankheiten zu rechnen, wenn Unfallversicherer Leistungen für sogenannte «berufsassoziierte Gesundheitsstörungen» erbringen müssten, zu denen sie «repetitive strain injuries, Rückenschmerzen, Kopfschmerzen oder verschiedene Stress-Symptome» und «Mobbing in weiterem Sinne» zählt⁴⁴. 839

II. Verlagerung der Kostentragung

1. Verlagerung auf die Betroffenen

Wenn eine vermutlich berufsbedingte Krankheit **keine Anerkennung** als Berufskrankheit findet, können Kosten für medizinische Behandlung und der Erwerbsausfall nicht über die Unfallversicherung abgerechnet werden. Infolge einer Anerkennung als Berufskrankheit hätte die Unfallversicherung Leistungen zu erbringen, insbesondere Taggelder zur Deckung des Erwerbsausfalles (Art. 16 f. UVG) und i.d.R. zeitlich unmittelbar anschliessende Renten in relativ grosszügigem Umfang (80–90% des versicherten Verdienstes lebenslänglich und bereits ab einem Invaliditätsgrad von 10%) gemäss Art. 18 ff. UVG. Zweifel an der Zurechenbarkeit der Erkrankung zu beruflichen Umständen und Ablehnung der Anerkennung als Berufskrankheit wirken sich demnach primär zum Nachteil der Versicherten aus⁴⁵. 840

3/2012, S. 10). Auf 2012 war eine durchschnittliche Prämienreduktion von 7% möglich (SUVA, Geschäftsbericht 2011, S. 22).

⁴³ In welchem Umfang Regressforderungen aufgrund von Berufskrankheiten gestellt werden, ist nicht bekannt, da in der Unfallstatistik UVG nur nach Berufs- und Nichtberufs-unfallversicherung unterschieden wird (www.unfallstatistik.ch).

⁴⁴ SCHOLZ, S. 56.

⁴⁵ JANUTIN, S. 239; SONNENBERG, S. 146.

- 841 Ohne Anerkennung als Berufskrankheit müssen sie sich für **Lohnfortzahlung** zunächst an ihre Arbeitgeberin wenden. Diese hat den Erwerbsausfall allerdings u.U. nur für eine sehr kurze Zeit zu leisten, nämlich im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis erst nach Ablauf einer Karenzfrist von i.d.R. 3 Monaten⁴⁶ während 3 Wochen im ersten Dienstjahr und danach für eine angemessene längere Dauer (Art. 324a Abs. 2 OR)⁴⁷. Je nach Arbeitsort hat die Praxis unterschiedliche Zeitrahmen festgesetzt, aber selbst bei sehr langer Betriebs-treue endet die Lohnfortzahlung durch die Arbeitgeberin spätestens nach 6–8 Monaten⁴⁸. Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit kann die Dauer dieser Lohnzahlungspflicht entsprechend verlängert werden⁴⁹.
- 842 Hat die Arbeitgeberin zur Abdeckung dieses Risikos eine private **Krankentaggeld-Versicherung** i.d.R. gem. VVG abgeschlossen, ist der Leistungshorizont praxisgemäss 720 Tage im Umfang von 80% des bisherigen Lohnes⁵⁰. An diese freiwilligen Versicherungen haben die Arbeitnehmenden meist einen Teil der Prämien durch Lohnabzüge bezahlt⁵¹.
- 843 Insbesondere wenn die Arbeitgeberin keine Taggeldversicherung abgeschlossen hat, können empfindliche **Lücken** entstehen, bis nach Ablauf des Wartejahres (Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG) und bei rechtzeitiger Anmeldung 6 Monate vor diesem Zeitpunkt (Art. 29 Abs. 1 IVG) überhaupt die Möglichkeit besteht, dass Rentenleistungen der Invalidenversicherung einsetzen⁵².
- 844 Gerade bei Symptomen ohne nachweisbare organische Grundlage ist die Praxis für die **Zusprechung von Invaliditätsrenten** zu Lasten der Versicherten in den letzten Jahren zunehmend strenger geworden⁵³. Zudem werden in der Praxis hohe Anforderungen an die Schadenminderung und Selbsteingliederung der Versicherten gestellt (aufgrund von Art. 21 Abs. 4 ATSG, Art. 7 IVG)⁵⁴. Arbeitsplätze, die den Bedürfnissen von psychisch beeinträchtigten Versicherten gerecht werden («ohne besonderen Zeitdruck und mit geringen

⁴⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b OR N 2.

⁴⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b OR N 7. Für öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse gilt je nach gesetzlicher Regelung z.T. eine längere, aber z.T. auch eine kürzere Leistungsdauer.

⁴⁸ Die Praxis hat eine Berner, Zürcher und Basler Skala entwickelt. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a OR N 7.

⁴⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b OR N 15.

⁵⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b OR N 13. Vgl. dazu ausführlich HABERLI CHRISTOPH/HUSMANN DAVID, Schnittstellen im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, in: plädoyer 3/09, S. 34 ff.

⁵¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b OR N 13.

⁵² STEINER S. 112 f.

⁵³ BGE 130 V 352, E. 3; BGE 136 V 279, E. 3.2; GÄCHTER THOMAS/TREMP DANIA, Schmerzrechtsprechung am Wendepunkt? In: Jusletter 16. Mai 2011, Rz. 5.

⁵⁴ KIESER, Art. 21 ATSG N 74 ff.

psychischen Belastungsfaktoren»⁵⁵) sind kaum noch zu finden⁵⁶. Selbst bei Zusprechung von Invaliditätsrenten sind diese meist bedeutend tiefer als es das Einkommen ohne Eintritt des versicherten Risikos gewesen wäre.

2. Verlagerung auf andere Sozialversicherungen

Werden durch die berufliche Tätigkeit mitverursachte oder verstärkte Gesundheitsprobleme nicht als Berufskrankheiten anerkannt, oder schon gar nicht als solche angemeldet⁵⁷, wirkt sich dies auch zum **Nachteil anderer Versicherungsträger** und ihrer Prämienzahlenden aus⁵⁸. Dies betrifft Krankenkassen, die Invalidenversicherung und Einrichtungen der beruflichen Vorsorge (Pensionskassen).

Auf die Anfrage von Nationalrätin Marlyse Dormond Béguelin⁵⁹, *wie hoch* die Kosten sind, welche **Krankenkassen** für berufsbedingte Krankheiten tragen müssen, räumte der Bundesrat ein, dass die statistischen Grundlagen fehlen⁶⁰ und dass

die Dunkelziffer der nicht von der Unfallversicherung übernommenen, berufsassozierten Erkrankungen höchstens 5 bis 10 Prozent der gesamten, durch die berufliche Tätigkeit mitverursachten Gesundheitskosten ausmachen (dürften).

Aus dieser sibyllinischen Aussage ist nicht zu entnehmen, in welchem *Umfang* Krankenkassen durch eine weniger restriktive Anerkennungspraxis bei Berufskrankheiten entlastet würden.

Müssen vermehrt **Invaliditätsrenten** zugesprochen werden (u.U. wegen Vernachlässigung der psychischen Gesundheitsprävention am Arbeitsplatz), muss der erhöhte Finanzbedarf von den Beitragszahlenden (Arbeitgebende und

⁵⁵ Z.B. Urteil Sozialversicherungsgericht Zürich vom 22.12.2011 (IV.2010.00754), E. 4.1.

⁵⁶ SAMUELSSON EVALOTTA, HWS-Distorsion-Schleudertrauma: Sinngemässe Anwendung der Rechtsprechung zur somatoformen Schmerzstörung – Urteil des Bundesgerichts 9C_510/2009 vom 30. August 2010, in: HAVE 2010 S. 356–359, S. 358 f.

⁵⁷ SCHWANINGER/KRIEGER/GRAF, S. 36; Vgl. Auswertung des Anzeige- und Anerkennungsverhaltens in Deutschland, Dänemark und Grossbritannien in MENNICKEN OLIVER, Vergleich der Unfallversicherungssysteme ausgewählter Mitgliedstaaten der EU unter besonderer Berücksichtigung des Verfahrens zur Anerkennung einer Berufskrankheit, Diss. Univ. Frankfurt. a.M. 2003, S. 147.

⁵⁸ SONNENBERG, S. 195 FN 762.

⁵⁹ Anfrage vom 5.10.2005 (Gesch.-Nr. 05.3555).

⁶⁰ MARCEL JOST von der Arbeitsmedizin Suva hat schon im EKAS-Magazin vom Oktober 2000 (S. 7) festgestellt, dass in der Schweiz Statistiken zu arbeitsassozierten Gesundheitsproblemen fehlen.

Arbeitnehmende je hälftig sowie Selbständige und Nichterwerbstätige) oder über Mittel der öffentlichen Hand gedeckt werden.

- 848 Höhere **Rentenleistungen der Pensionskassen** bewirken u.U. Beitragserhöhungen zu Lasten der Betriebe und der Arbeitnehmenden, i.d.R. je zur Hälfte (Art. 66 BVG). Leistungspflichtig ist gemäss Art. 23 BVG die Vorsorgeeinrichtung, bei welcher die versicherte Person bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit, deren Ursache zur Invalidität geführt hat, versichert war. Das ist anders als bei der Leistungspflicht der Unfallversicherer für Berufskrankheiten: für sie muss gemäss Art. 77 UVG derjenige Versicherungsträger die Leistungen erbringen, bei dem die versicherte Person zuletzt der Gefährdung ausgesetzt war, was besser dem Verursacherprinzip entspricht als die Leistungspflicht gemäss BVG.
- 849 Eine **Lockerung** der Anerkennungspraxis für Berufskrankheiten im psychischen Bereich wäre demnach primär im Interesse der Versicherten, sie würde aber auch andere Versicherungsträger entlasten. Uns interessiert aber, ob die Anerkennung als Berufskrankheit auch eine Verbesserung der Prävention psychischer Belastungen am Arbeitsplatz mit sich bringen könnte.

D. Auswirkungen auf die Prävention

- 850 Mit der Anerkennung als Berufskrankheit ist verbunden, dass die Suva für die Prävention des betreffenden Risikos zuständig wird. Das Ziel, die **Zuständigkeit der Suva** für die Verhütung psychischer Arbeitsrisiken zu erreichen, verfolgte schon 1981 Nationalrat Werner Carobbio mit einer Motion⁶¹:

So führen Übermüdung und Überbeanspruchung, vor allem psychische Überbeanspruchung, oft zu Arbeitsunterbrechungen und Depressionen. Diese Krankheiten, die in der Regel erst nach Jahren in Erscheinung treten, werden zwar von den Ärzten, jedoch nicht von der Suva als Berufskrankheiten anerkannt. Im Übrigen wird zu wenig getan, um sie zu verhüten. Die Unterzeichner verlangen:

- a. dass die Folgen der Überbeanspruchung und der Übermüdung als Berufskrankheiten im Sinn der Unfallversicherung anerkannt werden;
- b. dass die Verhütung dieser Krankheiten (la prevenzione di tali malattie) durch entsprechende Massnahmen, unter anderem durch eine Erhöhung des mit der Verhütung betrauten Personals, ausgebaut und verstärkt wird.

Der Bundesrat verwies in seiner Antwort⁶² bezüglich des ersten Anliegens (Anerkennung psychischer Beanspruchungsfolgen als Berufskrankheiten)

⁶¹ Motion «SUVA, Nichtanerkannte Berufskrankheiten» vom 29.9.1981 (Gesch.-Nr. 81.483); eigene Übersetzung aus dem Italienischen.

⁶² Antwort des BR auf die Motion Werner Carobbio vom 19.3.1982 (AB NR 1982 II, S. 520 f.).

darauf, dass dies einen **fundamentalen Umbau** des Systems bedeutete; er kam zum Schluss, dass er das nicht wolle: «Non prospettiamo pertanto un tale cambiamento». Das zweite Anliegen (Verbesserung der Prävention) hatte er offensichtlich nicht richtig verstanden, denn er verwies in seiner Antwort darauf, dass die Erledigung der «Fälle von Art. 9 Abs. 2 UVG» keinen höheren Personalbestand erforderten. Die Motionäre verlangten zwar eine Aufstockung von Personal, aber nicht für die Erledigung von *Leistungsbegehren*, sondern, damit die Suva *Präventionsmassnahmen* zum Schutz vor psychischen Risiken am Arbeitsplatz fördern kann⁶³.

Dies spiegelt das Problem bezüglich Prävention: Die Anerkennung von Berufskrankheiten wird wegen **befürchteter Leistungspflichten** sehr restriktiv gehandhabt⁶⁴. Damit wird gleichzeitig aber eine wirksame Prävention von Krankheiten, bei denen man einen Bezug zur Arbeit vermutet, blockiert⁶⁵, bzw. dem (schwachen) Vollzug der ArG-Behörden überlassen. Eine (Rück-) Eingliederung der Verhütung von Berufskrankheiten (und Berufsunfällen) ins ArG⁶⁶ würde eine umfassendere Sicht der Prävention ermöglichen, während die Koppelung mit der Unfallversicherung einen eher defensiven entschädigungsbezogenen Ansatz begünstigt⁶⁷. 851

Ein Verzicht der Suva auf ihre heutigen Aufgaben in der Verhütung von Berufskrankheiten würde eine Änderung von Art. 85 ff. UVG erfordern. Die Arbeitsinspektorate wären sodann zuständig für die Prävention **aller Krankheiten** im Zusammenhang mit der Arbeit, unabhängig davon, ob eine Leistungspflicht infolge Anerkennung als Berufskrankheit besteht oder nicht. Eine Überwindung dieser schwierigen leistungsbezogenen Unterscheidung hätte für die Prävention sicher Vorteile. Dafür müsste aber das Finanzierungsproblem gelöst werden. Die Vollzugsbehörden des ArGs müssten die nötigen Mittel erhalten, um ebenso wirksam agieren zu können, wie dies die Suva unter den heutigen Bedingungen vermag⁶⁸. 852

⁶³ Die Motion wurde dann als Postulat überwiesen (AB NR 1982 II, S. 521).

⁶⁴ Das gleiche Problem zeigt sich auch bei den Diskussionen in den Gremien der IAO (ILO, Occupational diseases, S. 36).

⁶⁵ SONNENBERG, S. 195.

⁶⁶ Bis zum Erlass des UVGs 1984 regelte das ArG auch die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten.

⁶⁷ So auch: SONNENBERG, S. 195; STEINER, S. 176 f. Nach dem Reformmodell von GIAN CLAUDIO MANI sollte bei einer integralen obligatorischen Unfall- und Krankentaggeldversicherung die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten jedoch weiterhin in der Kompetenz der Suva verbleiben; er scheint eine Übertragung der heutigen UVG-Präventionsaufgaben an die Vollzugsbehörden des ArGs nicht erwogen zu haben (MANI, S. 224 f.).

⁶⁸ Vgl. oben Rz. 654 f.

- 853 Mit der Anerkennung psychischer Krankheiten als Berufskrankheiten wäre zudem noch ein **Anreizmechanismus** verbunden, welcher Arbeitgebende zu Prävention anregen soll: Die Prämien für Berufsunfälle und Berufskrankheiten sind nämlich risikoabhängig (Art. 92 UVG). Betriebe, die sich um Prävention kümmern, können so ihre Prämien tief halten.
- 854 Einen solchen Anreiz haben Arbeitgebende heute bei **psychischen Risiken** am Arbeitsplatz nicht. Die Beiträge an die Invalidenversicherung sind nämlich für alle Betriebe gleich geregelt, indem aufgrund des IVGs der Beitrag in Prozenten der Lohnsumme festgesetzt ist (Art. 3 Abs. 1 IVG). Nur bei der beruflichen Vorsorge ergibt sich eine gewisse Abhängigkeit der Beitragshöhe von den zu erbringenden Leistungen (Art. 64 BVG). Es wäre wohl kaum zu bewerkstelligen, im IVG risikoabhängige Beiträge einzuführen. Dieser Anreiz könnte also bezüglich psychischer Risiken nur durch Anerkennung als Berufskrankheiten geschaffen werden.

E. Bewertung

- 855 Arbeitnehmende tragen ein hohes Risiko, für Folgen von mangelnder Prävention sozialversicherungsrechtlich **keine Deckung** zu haben. Dieses Risiko ist bei Krankheiten, welche durch die Arbeitsbedingungen (mit-)verursacht wurden, ungleich höher als bei *Arbeitsunfällen*, bei denen ein Kausalzusammenhang zwischen Unfall und Heilungskosten oder Erwerbsausfall eher erbracht werden kann. In Anbetracht der Tatsache, dass insbesondere bei Krankheiten und besonders bei psychischen Erkrankungen die Existenzsicherung für die Betroffenen nicht durchwegs gewährleistet ist, ist es umso wichtiger, dass solche Schadenfälle durch wirksame Präventionsmassnahmen verhindert werden und sich die Betriebe an den Kosten des Vollzugs beteiligen.
- 856 Bei der Frage einer **vermehrten Anerkennung** von Krankheiten, die auf Arbeitsbelastungen zurückzuführen sind, ist die Situation ähnlich wie bei der Verschärfung der zivilrechtlichen Haftung: Mit besseren Leistungen wird die Prävention noch nicht zwangsläufig verbessert. Mit einer Verschärfung der zivilrechtlichen Haftung kann nur *einzelnen Klagenden* eine bessere Entschädigung geboten werden; bei der Anerkennung von gewissen psychischen Erkrankungen als Berufskrankheiten zögen immerhin *alle Betroffenen* einen Nutzen davon.
- 857 Bei psychischen Gesundheitsrisiken mögen **Abschreckung** mit Haftung oder höheren Versicherungsprämien das Gewicht des Themas in der öffentlichen Wahrnehmung betonen. Betriebe werden möglicherweise veranlasst, ihrem Personal mehr Sorge zu tragen und ihr Management danach auszurichten. Zweifel an dieser Wirkung sind freilich anzubringen, da Schweizer Unternehmen gemäss ESENER-Umfrage nicht primär durch wirtschaftliche

Nachteile zu stärkerer Beachtung des psychischen Gesundheitsschutzes bewegt werden, sondern durch (klarere) gesetzliche Vorgaben und vermehrte Kontrolle durch die Vollzugsbehörden⁶⁹.

Die **Überwachung der Prävention** von Berufskrankheiten und übrigen 858 Krankheiten ist sinnvoller im ArG zu regeln (und die Unfallverhütung ebenso). Die Vollzugsbehörden des ArGs benötigten dafür aber entsprechende personelle und finanzielle Ressourcen. Für die Aufsicht über die Verhütung von Invalidisierungen infolge von Krankheiten müsste systemkonform die IV Zuschläge auf die Beiträge der Betriebe erheben, nachdem diese seit Jahren im Durchschnitt laufend tiefere Prämien für Berufsunfälle und Berufskrankheiten bezahlen mussten.

⁶⁹ Oben Rz. 196 f.

Schluss

A. Rückblick

Ausgangspunkt waren die beiden **Leitfälle**, die den Rahmen der Untersuchung absteckten, nämlich die Suche nach Verbesserungsmöglichkeiten für die Prävention psychischer Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz in beiden Rechtsbereichen: dem *öffentlichrechtlichen* Arbeitsschutz und dem *privaten* Arbeitsrecht. 859

Auf der öffentlichrechtlichen «Schiene» ging es zunächst einmal um eine **Konkretisierung** der Anforderungen an den psychischen Gesundheitsschutz (vgl. *Anhang B*). Weil sich psychische Einwirkungen und Vorgänge aber nicht objektiv feststellen und messen lassen, sind der Konkretisierung «natürliche» Grenzen gesetzt. Diese lassen sich auch nicht durch Formen der *Selbstregulierung* wie Gefährdungsbeurteilungen und kollektives Arbeitsrecht überwinden. 860

Die beschränkte Konkretisierungsmöglichkeit wirkt sich auch auf den öffentlichrechtlichen **Vollzug** aus. Limitierend wirken da aber auch strukturelle und finanzielle Defizite. Diese Faktoren rufen nach neuen methodischen Ansätzen und einer Entflechtung von Beratung und Kontrolle. Bei psychischen Risiken am Arbeitsplatz muss der deterministische Ansatz des bisherigen Arbeitsschutzes ergänzt werden mit laufender Überprüfung von Folgeerscheinungen. Die Publikation der Indikatoren verspricht gleichzeitig eine Verbesserung des Wettbewerbs auf dem Arbeitsmarkt. 861

Bei der privatrechtlichen «Schiene» muss die **Erfüllung der Fürsorgepflicht** im Vordergrund stehen. Hier ist die Beteiligung der Arbeitnehmenden als Vertragsparteien besonders gefordert. Damit für die Arbeitnehmenden die damit verbundenen rechtlichen Risiken wie Diskriminierung und Verlust des Arbeitsplatzes gemildert werden können, wurde ein innerbetriebliches Verfahren vorgeschlagen, das ausserdem den Vorteil bietet, dass damit eine Brücke zum öffentlichen Arbeitsschutzrecht gebildet wird. 862

Eine **Verschärfung der Haftung** der Arbeitgebenden erhöht für diese die Kosten einer Vernachlässigung der Präventionspflicht und verbessert die Entschädigung oder Rechtsdurchsetzung für die Geschädigten. Auch wenn dies indirekt eine Verbesserung der betrieblichen Präventionsbemühungen bewirken kann, sind der Aufwand und die «Kosten» im weitesten Sinn als eher zu hoch einzuschätzen. Sinnvoller wäre es, in direkte (öffentlichrechtliche) Prävention zu investieren, so dass Schäden *verhindert* werden können. 863

Druck für verbesserte Präventionsmassnahmen könnte der Staat selber **über das Sozialversicherungsrecht** machen. Einmal indem er die bestehenden 864

Möglichkeiten für *Regress* auf fehlbare Arbeitgebende nutzt und zum anderen, indem er das Verursacherprinzip in Bezug auf die *Finanzierung* nicht nur bei der Unfallverhütung, sondern auch bei der Verhütung berufsbedingter Krankheiten verfolgt.

- 865 Insgesamt hat sich gezeigt, dass der psychische Gesundheitsschutz wegen der fehlenden Sichtbarkeit und der Komplexität psychischer Vorgänge zwar **spezifische Anforderungen** an Rechtsetzung und Rechtsvollzug stellt, es aber hier durchaus Möglichkeiten zur Verbesserung der Prävention gibt. Um diese besser zu erkennen, lohnt es sich zu *unterscheiden*, nämlich: zwischen einwirkender Belastung und innerer Beanspruchung – zwischen Arbeitsbelastungen sowie Arbeitsressourcen einerseits und personalen Ressourcen – zwischen allgemeinem Schutzbereich und im Einzelfall zu treffender Massnahme – zwischen Pflichten gegenüber der Allgemeinheit und Pflichten gegenüber einer Vertragspartei – zwischen Prävention und Haftung. Dank diesen Unterscheidungen lässt sich letztlich der rechtliche Verantwortungsbereich der Arbeitgebenden klarer erfassen.
- 866 Ein Überblick über die besprochenen **Verbesserungsmöglichkeiten** findet sich im *Anhang A* mit Querverweisen zum Textteil.

B. Ausblick

- 867 Mit der Suche nach Verbesserungsmöglichkeiten sollte **Orientierung und Hilfe** für rechtspolitische Entscheide zum Schutz vor psychischen Risiken geboten werden. Leider ist auch heute Gesetzgebung immer noch weitgehend ein «Schuss ins Dunkle»¹. Mit der vorliegenden Arbeit sollte immerhin etwas Licht ins Dunkle gebracht worden sein, so dass die Umsetzung von Verbesserungen an die Hand genommen werden kann, wenn ein politischer Wille dafür vorhanden ist. Die Schweiz könnte damit wieder die Rolle als Vorreiterin spielen, wie dies in Bezug auf die Begrenzung der Arbeitszeiten im 19. Jahrhundert schon einmal der Fall war. Es gibt scheinbar nämlich noch kein Land, das Rechtsnormen für einen *umfassenden* Schutz vor psychischen Risiken erlassen hat.
- 868 Weder das **öffentliche Recht** noch das **Privatrecht** wird in der Lage sein, *allein* adäquat auf die angesprochenen Probleme zu reagieren. Eine wirksame Verbesserung der Prävention bezüglich psychischer Risiken am Arbeitsplatz wird wohl *beide* rechtlichen «Schienen» brauchen, d.h. nicht nur Parlament und Verwaltung, sondern auch die Gerichte können zur Verbesserung des psychischen Gesundheitsschutzes beitragen.

¹ REHBINDER, Rechtssoziologie, Rz. 206.

Eine Verbesserung der Prävention kann auch **Nebenwirkungen** und **unerwünschte Effekte** mit sich bringen: Je stärker der Schutz von Arbeitnehmenden ausgestaltet wird, desto schwerer wird für gewisse Arbeitnehmende der Zugang zum Arbeitsmarkt, während sich die Situation derjenigen verbessert, die schon in der Arbeitswelt integriert sind. Je mehr Verantwortung dem Staat überbunden wird, desto mehr Mittel braucht er, und gleichzeitig sinkt tendenziell Freiheit und Verantwortung der Einzelnen. Sorgt der Staat aber nicht mehr für den Vollzug seiner Schutzvorschriften, verliert er an Glaubwürdigkeit und überbürdet den Betroffenen die Last der Rechtsverwirklichung. Diesen Effekten gegenüber muss man weiterhin wachsam sein. 869

Bei einer **Revision des Systems der Sozialversicherungen** in der Schweiz drohen angesichts der Komplexität eines solchen Vorhabens die Aspekte der Prävention ins Hintertreffen zu geraten. Mit einer Konkretisierung der Anforderungen und einer Verstärkung des Vollzuges – wie hier vorgeschlagen – kann dem vielleicht entgegen gewirkt werden. 870

Zudem wäre es wünschbar, dass sich die **Arbeitswissenschaft** vermehrt mit den Bedürfnissen der Rechtsetzung und vor allem des *Vollzugs* beschäftigt. Ursachenforschung, ökonomische Belange und betriebliche Förderungsmassnahmen sind wichtig, aber Fragen der rechtlichen Umsetzung verdienen ebenso eine wissenschaftliche Durchdringung. 871

Anhänge

A. Übersicht über Verbesserungsmöglichkeiten

Rz.	Vorschlag, Anregung	Gesetz	Verordnung	Vollzug	Recht- sprechung
287	Wirksame Überwachung der Einhaltung von Arbeits- und Ruhezeitvorschriften			x	
288	Erweiterung des Geltungsbereichs für Arbeits- und Ruhezeitvorschriften	x			
288	Reduktion der Ausnahmen von den Arbeits- und Ruhezeitvorschriften	x	x		
290	Max. zumutbare wöchentliche Arbeitszeit für Betriebe/Arbeitnehmende, die <i>nicht</i> Art. 9 ff. ArG unterstehen.		x		
302 ff.	Konkretisierungen bezüglich Arbeitsaufgabe und Organisation		x		
334 ff.	Konkretisierungen bezüglich zwischenmenschlicher Probleme		x		
346 ff.	Konkretisierung bezüglich Führung und ergebnisorientierter Steuerung		x		
344	Überprüfung, ob <i>nach</i> einer Verletzung der sexuellen Integrität (und anderen Schadenfällen) Massnahmen zum Schutz vor <i>künftigen</i> Rechtsgutsverletzungen getroffen wurden			x	

Rz.	Vorschlag, Anregung	Gesetz	Verordnung	Vollzug	Recht- sprechung
468 und 689	Überprüfung der Gewährung der Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmenden im Betrieb			x	
491 471	Erweiterung von Erholungszeiten bei besonders belastenden Tätigkeiten	x	(x)		
526	Keine zu hohen Anforderung an die Zumutbarkeit von Massnahmen			x	
580	Erweiterung der Gefährdungsanalysen (ASA) mit <i>psychischen</i> Arbeitsbelastungen		x		
605	Anspruch auf Schulung in Gesundheitsvorsorge für Vertretungen der Arbeitnehmenden und weitere Betriebsangehörige		x		
615 ff.	Organisatorische Vereinheitlichung des Vollzugs gem. UVG und ArG und Sicherstellen von Fachwissen	x		x	
624 ff.	Erhebung und Meldung der Arbeitsbedingtheit von Erkrankungen durch Versicherer	x			
655	Finanzierung des ArG-Vollzugs mit Präventionszuschlägen auf die IV-Beiträge der Arbeitgebenden	x			
671 f.	Zuweisung der Beratungs- und Überwachungsfunktion an verschiedene Behörden	x			
681 ff.	Zusicherung anonymer Behandlung von Anzeigen an Arbeitsinspektorate	x			

A. Übersicht über Verbesserungsmöglichkeiten

Rz.	Vorschlag, Anregung	Gesetz	Verordnung	Vollzug	Rechtsprechung
701 ff.	Meldepflicht der Ausgleichskassen von Stellenwechseln an Arbeitsinspektorate zwecks Abgangsbefragungen durch diese	x			
747 ff.	Betriebsinternes Verfahren der Gefährdungsanzeige im privaten Arbeitsverhältnis	x			
752 f.	Kündigungsschutz für die Dauer eines betriebsinternen Verfahrens infolge Gefährdungsanzeige und 6 Monate darüber hinaus	x			
756	Pflicht zum Einbezug des Arbeitsinspektorates nach einer Gefährdungsanzeige	x			
760	Analoge Ergänzung betr. Gefährdungsanzeige in Art. 6 ArG	x			
774 ff.	Diverse Verschärfungen bezüglich der Anspruchsgrundlagen einer zivilrechtlichen Haftung				x
778 ff.	Realisierbare Beweisforderungen				x
790	Erhöhung der Genugtuungssummen				x
792 f.	Zurückhaltung der Zivilgerichte bei der Gewichtung von konstitutioneller Prädisposition und von Mitverschulden				x
796	Herausgabe des unrechtmässig erlangten Gewinnes als Sanktion	x			
797 ff.	Einführung von Strafzahlungen	x			

Rz.	Vorschlag, Anregung	Gesetz	Verordnung	Vollzug	Recht-sprechung
800 f.	Verfahrenserleichterungen (wie Verbandsklage, class action, Kostenlosigkeit des Verfahrens)	x			
802	Wirkung eines zivilrechtlichen Urteils auf die ganze Belegschaft	x			
803	Aussprechen einer gerichtlichen Missbilligung gestützt auf Art. 49 OR				x
821	Anpassung der Formulare für Sozialversicherungs-Regress			x	
822	Prüfung eines Sozialversicherungs-Regresses auch bei (arbeitsbedingten) Erkrankungen			x	
830	Anerkennung von psychischen Erkrankungen als Berufskrankheiten	(x)		x	
851 f.	Regelung der Verhütung von Berufskrankheiten vom UVG ins ArG	x			

B. Vorschlag zur Ergänzung der Verordnung 3 zum ArG

1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen

Art. 2 Grundsatz

(neu, bestehender Abs. 2 wird Abs. 5)

- ² Die Arbeitsbedingungen sind so auszugestalten, dass für die Arbeitnehmenden der Schutz der Gesundheit gewährleistet ist auch bei Ausübung eines vollen Erwerbspensums über ihre gesamte Erwerbsdauer¹.
- ³ Arbeitsbelastungen sollen das normale Mass, welches zur Ausübung der Arbeitstätigkeit nach Stellenbeschreibung erforderlich ist, nicht über einen längeren Zeitraum oder in bedeutendem Umfang überschreiten².
- ⁴ Bei der Ausgestaltung der räumlichen, zeitlichen, sozialen und organisatorischen Arbeitsbedingungen ist nach Möglichkeit auf die Bedürfnisse der Arbeitnehmenden zum Schutz ihrer Gesundheit und Persönlichkeit Rücksicht zu nehmen³.

Art. 2a Erforderliche Massnahmen

- ¹ Umstände am Arbeitsplatz sind nach Möglichkeit zu verbessern, wenn sie geeignet sind über kurz oder lang oder in ihrem Zusammenwirken eine Gefährdung der Gesundheit oder eine Verletzung der Persönlichkeit zu bewirken⁴.
- ² Es sind alle Massnahmen zu treffen, die erfahrungsgemäss geeignet sind, Gesundheitsbeeinträchtigungen oder Persönlichkeitsverletzungen zu verhindern⁵.
- ³ Bei der periodischen Festsetzung der Unternehmensziele, bei grösseren Veränderungen im Betrieb und bei der Festsetzung von Zielen für die einzelnen Arbeitnehmenden ist schriftlich festzuhalten, welche Massnahmen zum Schutz ihrer physischen und psychischen Gesundheit getroffen werden⁶.

¹ Erläuterungen dazu Rz. 296 ff.

² Erläuterungen dazu Rz. 451 ff.

³ Erläuterungen dazu Rz. 367.

⁴ Erläuterungen dazu Rz. 497 ff. und 502 ff.

⁵ Erläuterungen dazu Rz. 510 f.

⁶ Erläuterungen dazu Rz. 358 ff.

Art. 2b Geeignete Massnahmen

- ¹ Geeignet sind Massnahmen zum Schutz von Gesundheit und Persönlichkeit der Arbeitnehmenden, wenn sie im Betrieb umgesetzt werden können, seiner Struktur entsprechen, und wenn sie andernorts schon eine Wirkung zum Schutz der Gesundheit oder der Persönlichkeit gezeigt haben⁷.
- ² Es ist darauf zu achten, dass Massnahmen keine schützenswerten Rechtsgüter der übrigen Beschäftigten verletzen⁸.
- ³ Massnahmen sollen einen ungünstigen Verlauf möglichst früh beeinflussen, d.h. wenn immer möglich die Ursache an der Wurzel bekämpfen⁹.
- ⁴ Bei der Wahl unter mehreren Massnahmen sind die folgenden Grundsätze zu berücksichtigen:
- Physische eher als kommunikative Massnahmen¹⁰;
 - Interaktive eher als einseitige Kommunikation¹¹;
 - Individuelle Kommunikation eher als Massenkommunikation¹²;
 - Veränderung eher der Verhältnisse als des Verhaltens¹³;
 - Veränderung eher des Verhaltens der Vorgesetzten als der Mitarbeitenden¹⁴;
 - Abbau von Risikofaktoren eher als Stärkung der Abwehrkräfte¹⁵;
 - Eher kollektive Massnahmen als individuelle¹⁶.
- ⁴ Bei der gleichzeitigen Durchführung mehrerer Massnahmen ist darauf zu achten, dass sie sich in ihrer Wirkung nicht gegenseitig beeinträchtigen, sondern optimal ergänzen¹⁷.

Art. 2c Zumutbare Massnahmen

- ¹ Massnahmen sind zumutbar, wenn ihre Kosten in einem günstigen Verhältnis stehen zur Wahrscheinlichkeit und zum Ausmass der Verhinderung eines möglichen Schadens¹⁸.

⁷ Erläuterungen dazu Rz. 463 ff.

⁸ Erläuterungen dazu Rz. 475 ff.

⁹ Erläuterungen dazu Rz. 469 ff.

¹⁰ Erläuterungen dazu Rz. 480.

¹¹ Erläuterungen dazu Rz. 482.

¹² Erläuterungen dazu Rz. 482.

¹³ Erläuterungen dazu Rz. 486.

¹⁴ Erläuterungen dazu Rz. 487.

¹⁵ Erläuterungen dazu Rz. 485.

¹⁶ Erläuterungen dazu Rz. 489.

¹⁷ Erläuterungen dazu Rz. 475 ff.

² Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit sind Art und Grösse, nicht aber die wirtschaftliche Situation des Betriebes zu berücksichtigen¹⁹.

5. Abschnitt (*Titel neu:*) Besondere Anforderungen an die psychische Gesundheitsvorsorge

Art. 25a Arbeitsaufgabe

¹ Art und Menge der Arbeitsaufgaben sind jeder Arbeitnehmerin und jedem Arbeitnehmer entsprechend dem individuellen Leistungsvermögen zuzuteilen²⁰.

² Es ist dafür zu sorgen, dass Arbeitsunterbrechungen und das Erledigen mehrerer Aufgaben gleichzeitig möglichst vermieden werden. Ist dies nicht möglich oder sind Aufgaben mit hoher Komplexität, ständiger Konzentration oder mit hohen emotionalen Anforderungen auszuführen, sind vom Betrieb störungsfreie Zeiträume und dafür geeignete Räume oder zusätzliche Erholungszeiten vorzusehen²¹.

Art. 25b Zeitdruck

Art und Menge der Arbeitsaufgaben sind so zuzuteilen, dass die Arbeitnehmenden nicht ständig oder über lange Zeit unter hohem Zeitdruck arbeiten müssen²².

Art. 25c Arbeitsmittel und Informationen

Den Arbeitnehmenden sind die Arbeitsumgebungen, Sachmittel, Zeit für Wissenserwerb und Informationen für die Erledigung ihrer Arbeit zur Verfügung zu stellen, die den spezifischen Anforderungen an die Arbeitstätigkeit optimal entsprechen und die Arbeitnehmenden weder kognitiv noch emotional übermässig belasten²³.

¹⁸ Erläuterungen dazu Rz. 517 ff.

¹⁹ Erläuterungen dazu Rz. 528.

²⁰ Erläuterungen dazu Rz. 303f.

²¹ Erläuterungen dazu Rz. 306 ff.

²² Erläuterungen dazu Rz. 311 ff.

²³ Erläuterungen dazu Rz. 316 ff.

Art. 25d Handlungs- und Entscheidungsspielräume

Den Arbeitnehmenden sind für die Ausführung ihrer Arbeit möglichst grosse Handlungs- und Entscheidungsspielräume einzuräumen, ohne sie aber dazu zu verleiten, gesundheitliche und soziale Bedürfnisse zu vernachlässigen²⁴.

Art. 25e Widersprüche

¹ Es sind Arbeitsbedingungen zu schaffen, die Arbeitnehmenden ermöglichen, die Arbeit möglichst frei von Unklarheiten und Widersprüchen wie insbesondere in Bezug auf Anweisungen, Arbeitszuteilungen, Zeitvorgaben und qualitative Erwartungen auszuführen.

² Es sind Vorkehrungen zu treffen, dass Arbeitnehmende sich nicht gezwungen fühlen, trotz Erkrankung zu arbeiten²⁵.

Art. 25f Rollenkonflikte

Es sind betriebs- und arbeitsorganisatorische Massnahmen zu treffen, um Gesundheitsbeeinträchtigungen zu vermeiden, die durch Konflikte zwischen privaten Rollen und Beruf entstehen, indem nach Möglichkeit die Anforderungen der Arbeit an die individuellen Bedürfnisse und Fähigkeiten der Arbeitnehmenden angepasst werden.²⁶

(Neu:) 6. Abschnitt: Besondere Anforderungen an den Schutz der persönlichen Integrität

Art. 26 Überwachung

(bestehender Text)

Art. 26a Konflikte und Mobbing

Arbeitgebende müssen zur Wahrung der persönlichen Integrität der Arbeitnehmenden einschreiten, wenn diese durch verbale oder körperliche Gewalt

²⁴ Erläuterungen dazu Rz. 322 f.

²⁵ Erläuterungen zu beiden Absätzen Rz. 324 ff.

²⁶ Diese Norm beruht auf dem Vorschlag von THOMAS LETSCH, Rechtliche Aspekte von Work-Life-Balance, Diss Univ. Zürich, Bern 2008, Rz. 155. Er wurde lediglich sprachlich leicht angepasst.

betroffen sind oder durch ein systematisches, feindliches Verhalten über längere Zeit sozial isoliert oder ausgegrenzt werden (Mobbing)²⁷.

Art. 26b Diskriminierung und sexuelle Belästigung

Zum Schutz der Arbeitnehmenden vor sexueller Belästigung im Sinne von Art. 4 GlG sowie vor anderen Diskriminierungen und sonstigen Verletzungen der persönlichen Integrität haben die Arbeitgebenden angemessene und wirksame Vorkehrungen zu treffen, insbesondere durch Information und Schulung des erwünschten Verhaltens sowie durch die Bezeichnung einer unabhängigen Vertrauensperson²⁸.

²⁷ Erläuterungen dazu Rz. 336 ff. und 339 ff.

²⁸ Erläuterungen dazu Rz. 343 f.

Sachregister

Die Ziffern beziehen sich auf die Randziffern im Textteil. Die nach Schrägstrich angefügten Ziffern geben die Fussnote an.

A

- Abgangsbefragung 701 ff.
- Absenzen *s. a. Präsentismus*
 - Belastungsfolge 326, 425
 - Indikator 411 f., 571, 777, 814 ff.
- AHV-Ausgleichskasse 706
- Akkordarbeit 595
- Akzeptanz 191, 570, 585
- Alter 252, 265, 283, 298, 379, 489
- Amtsgeheimnis *s. a. Anonymität*
- Anerkennung *s. Wertschätzung*
- Anforderungen
 - emotionale 306 ff., 391, 471
 - Anforderungen kognitive 306 ff., 391, 471
- Anforderungs-Kontroll-Modell 259, 262
- Anhörungsrecht *s. Konsultationsrecht*
- Anonymisierung 683
- Anonymität
 - Abgangsbefragung 703
 - Meldungen 629 ff., 681 f.
 - Mitarbeitendenbefragung 427 f.
- Anreize
 - Gesundheitsvorsorge 196 f., 804 ff.
 - nichtökonomische 651, 714
 - ökonomische 358, 524, 536, 559, 594, 606, 798, 857
- Anzeige an Arbeitsinspektorat 60, 174, 628, 679 ff.
- Arbeitnehmende
 - ältere 252, 265, 283, 298, 379, 489
 - Auswahl 248, 739, 809
 - Beitragspflicht 627, 847
 - durchschnittliche 452 ff., 777
 - entsandte 43
 - erkrankte 476, 739 ff., 844
 - Geltung ArG 118
 - in prekären Arbeitsverhältnissen 252, 489, 739
 - in schwierigen Umständen 252 f.
 - Jugendliche 43, 88, 252, 293, 588
 - mit höherer leitender Tätigkeit 118, 124, 289
 - potentielle 448, 402, 450, 731, 802
 - Schutzbereich 245 ff., 729 ff., 731/5
 - Vielfalt 246 ff., 252 ff., 304 f., 350, 367, 452 ff., 754
- Arbeitnehmendenvertretung
 - Aufgaben 49, 51, 608
 - Rechtsgrundlage 50
 - Schulung 605
- Arbeits- und Ruhezeiten
 - Aufzeichnung 113 f., 125 ff., 596
 - Bestimmungen 121 ff., 592
 - Geltungsbereich 123 f., 288
 - Geschichte 91
 - Interventionszeitpunkt 443 ff.
 - Kontrolle 406, 684 f.
 - Übereinkommen IAO 140, 143
 - Unionsrecht 154
 - UNO-Pakt I 134
- Arbeitsablauf *s. Arbeitsorganisation*
- Arbeitsanforderungen
 - Führung 353
 - Messbarkeit 406
- Arbeitsaufgabe Wegleitung ArGV3 104 ff., 284
- Arbeitsaufsicht *s. a. Inspektion, Vollzug*
 - Übereinkommen IAO 144
- Arbeitsbedingtheit
 - Berufsrisiko 773, 828
 - Kausalzusammenhang 784 f., 794, 827
 - Kriterienkatalog 785, 830
- Arbeitsbedingungen
 - Rechtsgrundlagen 128 ff., 146

- Ressource 384
- Arbeitsbelastung
 - Ausmass 451 ff.
 - Beweis 778 ff.
 - Intervention 460
 - physische 99, 104, 151, 187, 300 f., 371
 - präventive Wirkung 499 ff.
 - Verhältnisprävention 483, 486, 507 ff.
- Arbeitsbelastungen, psychische
 - Bedeutung 280 ff.
 - Dauer 451 ff., 581, 606, 690, 784
 - Kontrolle 404 ff., 552, 690 ff.
 - Wirkungsweise 374 ff., 416 f.
- Arbeitsdichte
 - Belastung 384, 391, 784
 - Datenerhebung 424
 - Eignung von Präventionsmassnahmen 471, 490 f.
 - ergebnisorientierte Steuerung 360, 607
 - Prävention 471, 473, 475, 488
- Arbeitsgesetz
 - Geltungsbereich 115 ff.
 - Geschichte 116, 583, 588
- Arbeitsinspektion *s. Inspektion*
- Arbeitsintensität *s. Arbeitsdichte*
- Arbeitsklima 169, 199, 383, 511
- Arbeitslosigkeit 5, 302, 387
- Arbeitsmedizin *s. a. medizinische Vorsorge*
 - Bedeutung 48, 56, 100, 659
- Arbeitsmenge *s. Arbeitsdichte*
- Arbeitsmittel 316 ff., 387, 406
- Arbeitsorganisation
 - Arbeitsbelastung 284, 302 ff., 346
 - Beanspruchungsfolgen 391
 - Call-Center 110 f.
 - geeignete 103
 - Gesamtarbeitsverträge 597
 - Schutznormen 90, 97 f., 198
 - Übereinkommen IAO 139 f.
 - Wirtschaftsfreiheit 538 ff., 543 f.
- Arbeitspensum 296 f., 378, 415, 689
- Arbeitsplatz
 - Gestaltung 104
 - Präventionsbereich 507 ff., 742
 - Schutzbereich 241 ff., 731
- arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit 450
- Arbeitsqualität 314, 328, 384, 452 f.
- Arbeitsressourcen *s. Ressourcen organisatorische*
- Arbeitsschutz *s. a. Unfallverhütung bzw. Gesundheitsvorsorge*
- Arbeitsschutz
 - Begriff 39, 448, 722
 - Gesamtarbeitsvertrag 587 ff.
 - Grenzen 512, 514 ff.
- Arbeitstempo 311 ff., 406
- Arbeitsumgebung 317, 391
- Arbeitsumwelt
 - ESC 146
 - Übereinkommen IAO 140, 142
 - Unionsrecht 149
- Arbeitsunfähigkeit 450
- Arbeitsunfall *s. Berufsunfall*
- Arbeitsverdichtung 271, 312
- Arbeitswelt *s. Arbeitsplatz*
- Arbeitszeit *s. a. Arbeits- und Ruhezeit*
 - Begrenzung 285 ff., 290, 547, 592
 - Begriff 121
 - Dauer 285 ff., 287
 - effektive 287
 - Entgrenzung 292, 594
 - Modelle 287, 291, 307, 594, 596
- Arbeitszufriedenheit 322, 388, 415
- ASA-System 84, 574, 580, 599
- Assistenzärztinnen und-ärzte 116/57, 123, 290/50
- Aufzeichnung
 - Arbeitszeit 113 f., 125 ff., 596
 - für Gesundheitsvorsorge 687 ff.
 - Gefährdungsbeurteilung 567, 572
 - Gesamtarbeitsvertrag 592, 596
 - Rahmenrichtlinie EU 152, 567
 - Übereinkommen IAO 144
- Aus- und Weiterbildung
 - Arbeitnehmendenvertretung 605
 - Präventionsmassnahme 482, 605
 - Vollzugsbehörden 640
- Ausbildungsdefizite ESENER-Studie 199, 605

Auswahl von Arbeitnehmenden 248,
739, 809

B

Beanspruchung

- Begriff 260 f.
- Stress 275
- Wirkungsweise 375 ff., 458

Beanspruchungsfolgen

- Allgemein 387 ff.
- Beispiele 390

Befolgung von Rechtsnormen 201, 674

Befolgungspflicht 48, 676

Befragung *s. Mitarbeitendenbefragung*

Befragung Inspektion 692 ff.

Begründungspflicht 49

Behandlungsbedürftigkeit 450

Behinderung *s. a. Invalidität*

- Arbeitsmarkt 844
- Diskriminierung 181, 216, 236, 476
- Fürsorgepflicht 739
- Prävention 367, 753 f.

Beitragspflicht

- Arbeitgebende 627, 838, 847 f.
- Arbeitnehmende 627, 847 f.
- Krankenpflegeversicherung 652
- UVG-Vollzug 637

Belastbarkeit der Arbeitnehmenden
248 f.

Belastung

- Begriff 260 f.
- Ergebnisorientierte Steuerung
360 ff.
- Stress 275

Belastungs-Beanspruchungs-Modell
259 ff., 375 ff.

Belgien 339/203, 569/11, 836

Beobachtung der Arbeitswelt 646 f.,
659

Beratung

- als Präventionsmassnahme 482
- im Vollzug 660 ff., 671

berufliche Vorsorge

- Beiträge 627, 848, 854
- Leistungspflicht 627, 848

Berufskrankheit

- Anerkennung 824, 826 ff.
- Anerkennungspraxis Ausland 836
- Begriff 824, 834
- Fallzahlen 837
- Leistungsorientierung 832, 851
- Liste EU 835
- Liste IAO 832 ff.
- Liste UVV 824 ff.
- Prävention 68 ff., 616, 850 ff.
- Schutzbereich 222

Berufsrisiko 773, 828

Berufsunfall 71 ff., 75 f.

Beschaffungswesen 54, 186, 704

Betriebliches Gesundheitsmanagement

- Arbeitsschutz 4, 279
- Eignung 463
- finanzielle Unterstützung 647, 651 f.
- Mitwirkung 468
- Motivation 203, 524, 647

Betriebsart 465, 515, 525

Betriebsgrösse 465, 515 ff., 525

betriebsinternes Verfahren *s. Gefähr-*
dungsanzeige, Vertrauensperson

Betriebskultur 199, 353, 371 f., 414,
482 ff.

Betriebsordnung 601

Betriebsstruktur 465, 552

Beurteilung der Mitarbeitenden 401

Bewältigungsmechanismen 380

Beweis

- Anforderung 781, 830
- Beweislast 171, 526, 780
- Beweisthema 470, 778 f., 788
- Kausalzusammenhang 504, 782 ff.,
824, 827, 855

Beweiserleichterung 785

Beweislastumkehr 171, 686

Bewusstseinsförderung

- Akteure 653, 664
- Gefährdungsbeurteilung 570
- Gesundheitsvorsorge 181 ff., 199,
403, 551
- indirekte 806

Bildungswesen 289, 305/101, 337, 687,
699

Bonus/Malus-System 476

Branchenlösungen 52, 83, 573, 597 f.
Bundesverfassung 128 ff., 214, 537 ff.
Burnout
– Begriff 393
– Ursachen 385, 416 f.
– Wegleitung 105
Burnout-Ranking 356, 414

C

Call-Center 109 ff.
Case Management 4, 401
class actions 800
Commitment 418
Compliance 201
Containment 348, 384
Coping 378

D

Dänemark
– Berufskrankheiten 836, 845
– Mobbingregelung 569/11
– Präventionsansatz 371/318
– Publikation Kontrollergebnisse 710
– Vollzug 371/322, 396, 696
Datenaustausch 707
Datenbearbeitung *s. a. Mitarbeitenden-
befragung, Vollzug*
– Arten 427, 692 f.
– Meldung der Versicherer 630
– Zulässigkeit 421 ff.
Datenbekanntgabe 709 ff.
Delegation 95, 101, 194, 545
Depression
– Belastungsfolge 30 ff., 265, 275,
287, 391, 416 f.
– Berufskrankheit 825 ff., 850
– Diagnose 394
Desk-Sharing 316
Deutschland
– Berufskrankheiten 836, 845/57
– Gefährdungsbeurteilung 409, 571,
579
– Regelungslücke 183, 579

– Unfallbegriff 831
– Vollzugsdualismus 621
Diagnosestellung 229
Dienstleistungsbetriebe
– Arbeitsbelastung 337, 358, 828
– Berufskrankheit 828
– Rechtsgrundlagen 73, 117
– Zunahme 99, 829, 837
Dilemma 325 ff., 511, 526
Diskriminierung *s. a. Geschlechter-
diskriminierung*
– Arbeitsbelastung 343 ff., 407
– betriebsinterne Verfahren 492
– durch Präventionsmassnahme 482
– geeignete Präventionsmassnahmen
481
– Haftung 774 ff., 797 ff.
– Prävention 344
– Schutzbereiche 235 f.
– Strafsanktionen 719
– Wegleitung ArGV3 105
Diskriminierungsschutz
– Gesamtarbeitsverträge 597 f.
– präventiver 255
Dispositionsmaxime 36, 723
Dokumentation *s. Aufzeichnung*
DSM 229, 394
Dualismus 41 ff., 87, 615, 618, 667 ff.
Due Diligence 414
Durchführung *s. Vollzug*

E

Effort-Reward-Imbalance-Modell
259 ff., 375 ff.
Eidgenössische
– Arbeitsinspektorate 76
– Arbeitskommission 41, 52, 94/21
Eignung
– der Arbeitnehmenden 248
– von Präventionsmassnahmen 462 ff.
Einstellung 201 ff.
EKAS
– Aufgaben 52, 82 ff., 647
– Richtlinien 57, 84
– Zusammensetzung 81

-
- Emotionen
- Arbeitsbelastung 309 f.
 - Belastungsfolge 391
 - Führung 354
- EMRK 130, 145
- Entschädigung *s. Strafzahlung, missbräuchliche Kündigung*
- Equity Theory 266
- Erfahrungswissen 499 ff.
- Erfassung *s. Aufzeichnung*
- ergebnisorientierte Steuerung *s. a. Management-Methoden, Vertrauensarbeitszeit*
- Arbeitsbelastung 358 ff., 559, 607
 - Arbeitsmittel 318
 - Arbeitszeit 292
 - Handlungs- und Entscheidungsspielräume 323
 - Sozialpartnerschaft 607
- Erholungszeit *s. Ruhezeit*
- Ermessen 185, 290, 405, 535, 558, 621
- Erschöpfung, psychische 281, 388, 393 f., 557
- Erziehungswesen 296, 309
- ESENER-Studie
- Arbeitsbelastungen 195 ff., 313
 - Arbeitsinspektion 670, 857
 - Fachwissen 199, 605
 - Mitwirkung 605
 - Motivation 196 f., 857
- EU-Richtlinien 94, 568
- Europäische Sozialcharta 146
- Europäischer Gerichtshof 148
- Exkulpation 773
- F**
- Fabrikgesetz
- Geltungsbereich 116
 - Haftung 766 f.
 - Inspektion 658, 660
 - Meldepflicht 758
 - Mitwirkung 602
 - Präventionsmassnahmen 516, 593
 - Schutzbestimmungen 91 ff.
- Fachorganisationen 72
- Fachperson
- Arbeitssicherheit 55, 84
 - Beizug 492
 - Mitarbeitendenbefragung 401
 - Qualifikation 56, 466
 - Risikoermittlung 409, 572
 - Schweigepflicht 466
- Fachwissen
- Gefährdungsanzeige 755 f.
 - Vollzugsbehörden 409, 536, 618, 620 ff., 640, 659, 665
- Familienbetrieb 119
- Fehlbelastung 260
- Ferien
- Schweiz 286, 293 f., 406, 443, 523, 595
 - Übereinkommen IAO 143
 - Unionsrecht 154
- Finalprogramm 555
- Finanzbranche 364/302, 594/36, 699
- Finnland 681, 836
- Flexibilität
- Arbeitsaufgaben 318
 - Arbeitszeit 291, 361
 - Kostenstruktur 358
- Fliessbandarbeit 323
- Forschung
- Bedarf 291, 296, 305, 406, 458, 494, 656, 871
 - Förderung 646, 651
- Frankreich
- Berufskrankheiten 836
 - Mobbingregelung 206/66, 339/203, 342, 569 /11
 - Suizide 231
- freiwillige Standards 270, 570, 573, 579, 591
- Frist
- Gefährdungsanzeige 750
 - Sperrfrist für Kündigung 175, 752 f.
 - Vollzug ArG 61
- Früherfassung 629, 776
- Früherkennung/Frühbehandlung 439, 449, 728
- Führung
- Arbeitsorganisation 346 ff.
 - gute 370

- Kommunikation 350
- Ressource 384
- Wegleitung ArGV3 104
- Wertschätzung 369 f.
- Wirtschaftsfreiheit 372
- Führungskräfte *s. a. Arbeitnehmende mit höherer leitender Tätigkeit*
- Handlungsspielräume 349
- Konflikte 336
- Selbstreflexion 400
- Verhalten 347 ff., 482, 559
- Fürsorgepflicht
- Erfüllungsklage 174
- Erkennbarkeit 739 ff., 743 ff.
- Gesundheitsvorsorge 165, 169
- Persönlichkeitsschutz 166, 169
- Rechtsdurchsetzung 172 ff., 723
- Rechtsgrundlagen 162 ff., 760
- Schutzbereich 736, 724 ff., 729 ff.
- Umfang 732 ff., 738 ff., 739 ff.

G

- Gastgewerbe 600, 678
- Geeignete Massnahme 462 ff.
- Gefahr 212 ff.
- Gefährdungsanzeige
- Anspruch 754
- Arbeitsinspektion 755 ff.
- Form 749
- Funktion 747 f., 805
- Haftung 777
- Nebenwirkungen 751
- Verfahren 750, 755 ff.
- Gefährdungsbeurteilung *s. a. Risikoermittlung*
- Allgemeines 564 ff.
- Fachkompetenz 572, 575
- Mitwirkung 420, 570 f.
- Probleme 572 ff.
- psychische Arbeitsbelastungen 574 ff.
- Rahmenrichtlinie EU 152
- Sozialpartner 572
- Vollzug 691
- Vorteile 570 f.

- Gefahrenanalyse *s. Gefährdungsbeurteilung*
- Geltungsbereich
- Arbeits- und Ruhezeiten 123 f., 127, 288
- ASA-System 55 ff., 70
- Gesundheitsvorsorge Art. 6 ArG 41, 42 f., 115 ff.
- Obligationenrecht 162
- UVG 41, 42, 69
- Generalprävention 38, 718, 769, 795, 857
- Genugtuung
- Anspruchsvoraussetzungen 790 f.
- Arten 791
- Fürsorgepflichtverletzung 172, 177
- Persönlichkeitsverletzung 240
- Verschulden 791
- Gerechtigkeit
- Führung 352, 358
- in Arbeitsbedingungen 266
- Gesamtarbeitsvertrag
- Allgemeinverbindlichkeit 583, 587
- Arbeits- und Ruhezeiten 293, 592, 595
- Arbeitsschutz 52, 586, 587 ff., 741
- Geltung 584, 589
- Gesundheitsvorsorge 596 ff., 741
- Inhalt 595
- Konkretisierung Gesundheitsvorsorge 593, 596 ff.
- Lohnfortzahlung 813
- Vollzug 43, 52, 596
- Geschlechterdiskriminierung *s. a. Diskriminierung, Gleichstellungsgesetz*
- Arbeitsbelastung 335, 343 ff.
- Geschlechterunterschiede 231, 283, 296, 298, 379, 557, 837/40
- Gesundheitsbeeinträchtigung
- Datenerhebung 425
- Grundrechtsschutz 543
- Indikator 413
- psychische 227 ff.
- Gesundheitsbegriff
- IAO 215
- Schweizerisches Recht 216, 232 f., 796

- WHO 217
- Gesundheitsförderung 5, 8, 15, 279
- Gesundheitsförderung Schweiz 648 ff.
- Gesundheitsgefährdung 90, 167, 184, 219, 436, 448 f., 506, 547
- Gesundheitsrisiken, psychische 277 ff.
- Gesundheitsschutz *s. Arbeitsschutz bzw. Gesundheitsvorsorge* 39, 145, 448
- Gesundheitsvorsorge
 - Begriff 39, 448
 - Geschichte 91
 - Grundrecht 131, 535, 540, 543
 - Grundsatz Art. 6 ArG 90 f.
 - Prävention 440, 448
 - Rechtsnormen 197
 - Verhältnis physisch/ psychisch 216, 519, 578, 617, 672
- Gesundheitswesen 248, 289, 300, 309, 337, 678, 687, 699
- Gewalt 335
- Gewaltenteilung 192
- Gewerkschaften 60, 595, 681
- Gewinnherausgabe 795 f.
- Gleichgewicht
 - Arbeit/Erholung 285
 - Arbeitsvertrag 709 f., 751
 - Belastung/ Beanspruchung 264 ff., 377 ff., 389
- Gleichstellungsgesetz
 - Beweis 788
 - Präventionsmassnahmen 444, 492 788
 - Rechtsansprüche 171, 343, 752, 789, 797
 - Sexuelle Belästigung 343
- Gratifikation *s. a. Wertschätzung* 351
- Gratifikationskrise 159, 263 ff.
- Grenzkosten 523
- Grenzwert 305, 452 ff., 494
- Grossbritannien
 - Arbeitsschutz 285, 470, 576/34, 666
 - Berufskrankheit 845
 - Equity Act 802
- Grundrecht
 - Bundesverfassung 130, 190
 - Eingriff 540 ff., 545
 - Kollision 541 ff., 548

- psychische Unversehrtheit 131, 535, 543
- Träger/innen 544
- Wirtschaftsfreiheit 530 ff.
- Günstigkeitsprinzip 592
- Gutachten 61, 470, 522 ff.
- Gute Arbeit 106, 134, 471

H

Haftpflicht *s. a. Pflichtverletzung, Verschulden, Kausalzusammenhang, Schaden, Beweis*

- Funktion 505, 810
- Geschichte 766 ff.
- Pflichtverletzung 743, 815
- Präventionswirkung 769
- Verschärfung 770 ff.

Haftungsverschärfung *s. Haftpflicht, Schaden, Beweis*

Handeln 473

Handlungs- und Entscheidungsspielräume

- Arbeitsbelastung 319, 322, 407
- Ressource 262, 383

Heimarbeit 43, 119, 292

Hierarchie

- betriebliche 262, 462, 605, 692, 825
- der Grundrechte 542 ff.
- der Pflichten 46
- der Rechtsnormen 589, 594

Home-Office *s. Telearbeit*

Human Capital Management 370, 414

Humanisierung 582, 595

I

ICD-10 229, 394

Immunsystem *s. personale Ressourcen*

Individualbeschwerde 135, 145

Information

- als Präventionsmassnahme 444, 473, 482, 511
- Arbeitsbelastung 319, 407

- über Gesundheitsvorsorge 403, 551, 660 ff., 681
- Verarbeitungskapazität 205, 306 ff., 318
- Informationsrecht 49, 603
- Inkasso 768, 799
- Innerer Vorgang 375 ff., 458 ff.
- Input
 - Messbarkeit 404 ff.
 - Prävention 267, 440
 - Ressourcen 377 ff.
- Inspektion
 - Befragung 692
 - Beizug Arbeitnehmende 51
 - Bund 76, 78 f.
 - Kantone 74 ff., 78 f.
 - Messung 404 ff.
 - Methode 657 ff.
 - Unfallverhütung 73
- Integrität, persönliche *s. Persönlichkeit*
- Interessenabwägung
 - Fürsorgepflicht 733
 - Grundrechtskollision 541 ff.
- Interessierte Selbstgefährdung 365
- Interinstitutionelle Zusammenarbeit 624 ff.
- Interkantonaler Verband für Arbeitnehmerschutz 76
- Internationale Arbeitsorganisation 136
- Intervention *s. a. Präventionsmassnahme*
 - belastungsunabhängig 443 ff.
 - Eintrittswahrscheinlichkeit 442 ff., 502 ff., 518
 - Kausalzusammenhang 503 ff.
 - Methode 220
 - Notwendigkeit 497 ff.
 - Strategie 220, 483 ff.
 - Theorie 434 ff.
 - Zeitpunkt 103, 220, 223, 335, 471, 493
 - Eignung 479
- Interventionszeitraum
 - Eignung 469, 471 f.
 - Fürsorgepflicht 450, 729, 759
 - öffentlicher Arbeitsschutz 103, 220, 223, 335, 449 ff., 728, 759

- Invalidenversicherung
 - (Wieder-) eingliederung 255, 822, 844
 - Meldepflicht 626 ff.
- Invalidität *s. a. Behinderung*
- Invaliditätsrenten
 - Präventionsdefizite 627, 847
 - Regress 820 ff.
 - UVG 840
 - Zunahme 3, 230, 718
 - Zusprache 844
- Irland 836
- ISO-Norm EN ISO 10075 269 ff., 408
- ISO-Normen 570
- Italien 569/11, 677, 836
- IT-Branche 349 f., 351, 360

J

- Japan
 - Arbeitsbelastungen 231, 365/305
 - Kriterienkatalog 785, 830
 - Unfallbegriff 831
- Job-Demand-Control-Modell 259, 262
- Job-Demands-Resources-Modell 263, 375 ff.

K

- Kader *s. Führungskräfte*
- Kanada 836
- Kantonale Durchführungsorgane *s. Inspektion, Vollzug*
- Kausalhaftung 766 f., 768, 772 f.
- Kausalzusammenhang
 - Berufskrankheit 824, 827 f.
 - Beweis 504, 782 ff., 855
 - erforderliche Präventionsmassnahmen 496 ff.
 - Persönlichkeitsverletzung 783
 - Pflichtverletzung 782
 - Prädisposition 786 f.
 - Prävention 496 ff., 502 ff.

- Klarheit
- Arbeitsbedingungen 324, 358, 407, 527
 - Rechtslage 182, 549
- KMU-vital 651
- Kohärenzgefühl 360
- Kollegialität 334, 384, 366
- Kollektives Arbeitsrecht *s. a. Gesamt-arbeitsvertrag* 582, 585
- Kommunikation 104, 350, 379
- Kompetenzkonflikt 73, 75, 79, 615 f., 645, 852
- Konditionalprogramm 556
- Konflikt
- Arbeitsbelastung 336 ff.
 - Beanspruchung 391
 - betriebsinterne Verfahren 492
 - Fürsorgepflicht 169
 - Interventionszeitpunkt 444, 454
- konstitutionelle Prädisposition
- Arbeitsschutz 730 f.
 - Fürsorgepflicht 730, 739 ff.
 - Haftung 777, 786 f., 792
- Konsultationsrecht 49, 603
- Kontinuum Gesundheit/Krankheit 218, 438, 497 ff.
- Kontrolle
- Arbeitsaufsicht 657 ff., 673 ff., 857
 - Gefährdungsanalyse 566
 - und Beratung 667 ff.
 - Vertrauen 686
- Konventionalstrafe 704
- Konzentration 308
- Körperverletzung 66
- Kosten *s. a. Schaden*
- Schutzmassnahmen 44
 - Verfahren 800
 - Vollzug/ Vollstreckung 63, 653f., 852, 855
 - Zumutbarkeit 520 ff.
- Kostendruck 314
- Krankenkasse 77, 649, 846
- Krankentaggeldversicherung
- Abschluss 654, 813
 - Meldepflicht 625 ff.
 - Prämienfestsetzung 627, 806
 - Leistungspflicht 627, 842
- Krankheit *s. a. Beanspruchungsfolge*
- Datenerhebung 425
 - Indikator 411 ff.
 - Prävention 438 ff., 450
 - psychische 227 ff., 417
 - psychische Belastung 392, 417
 - Rechtsbegriff 221 f.
 - Spektrum 392 f., 459
- Krankheitswert 221, 229, 390 ff.
- Kritik 353, 454
- Kündigung, innere 357, 382
- Kündigung, missbräuchliche
- Fürsorgepflichtverletzung 175, 743 ff., 806
 - Rechtsfolgen 38 f., 172, 179, 797, 680, 761, 797
- Kündigungsschutz
- nach Gefährdungsanzeige 752 f.
 - schwacher 60, 174, 680 ff.
- Kürzung *s. Leistungskürzung* 64
- L**
- Label 651
- Landwirtschaft 119
- Langfristige Belastung 261, 272, 275, 298, 519, 735
- Lärm 317, 416, 828
- Legalitätsprinzip 95, 101, 188, 720
- Legitimation, demokratische 191, 591, 610
- Leistungskürzung 64, 815
- Leiturteil 1 23 ff.
- Leiturteil 2 30 ff.
- Lex Forrer 768
- Life-Domain-Balance *s. Vereinbarkeit Beruf/Familie*
- Lohn
- Höhe 385
 - variabler 363, 559
- Lohnfortzahlung bei Krankheit 789, 806/5, 813, 841
- Luxemburg 836

M

Mahnung 61 ff., 63, 172, 174, 747
 Management by Objectives *s. a. ergebnisorientierte Steuerung* 358 ff.
 Management
 – partizipatives 322
 – -Methoden 346 ff., 604
 – -Systeme 570
 Mängelmeldung 48, 747 ff., 793
 Maslach Burnout Inventory 393
 Mediation *s. a. Vertrauensperson*
 – Vollzugsbehörden 666
 Medizinische Vorsorge 70, 100, 141, 476
 Mehrfachbelastung 281, 306 ff., 325, 389, 458, 500
 mehrfache Massnahmen 477 f.
 mehrfache Ursachen
 – Berufskrankheit 826 ff.
 – Haftung 784, 786, 794
 Meldepflicht
 – Arbeitgebende 757 f., 767, 805
 – Arbeitnehmende 48
 – Versicherungsträger 626 ff.
 Meldung
 – an Arbeitgeberin 48, 680, 747 ff., 793
 – Stellenwechsel 706
 Menschenrechte 134, 136, 145 f.
 Merkblätter 108 ff.
 Messbarkeit
 – Bedürfnis 396 ff.
 – physischer Risiken 187
 – psychischer Risiken 272, 406 ff., 552
 – Qualitätsindikatoren 715
 – Über-/Unterforderung 305, 406
 Mitarbeitendenbefragung *s. a. Datenerhebung*
 – Allgemeines 398 f.
 – anonyme 427 f.
 – Datenschutz 421 ff.
 – Forschung 419
 – KMU-vital 651
 Mitarbeitendengespräch 744
 Mitarbeitendenorientierung 347, 352

Mitsprache 49
 Mitverantwortung der Arbeitnehmenden 536, 747 ff., 793 f., 805
 Mitverschulden 754, 793
 Mitwirkung
 – Betriebliches Gesundheitsmanagement 468
 – Datenbeschaffung 420
 – der Arbeitnehmenden 48, 747 ff.
 – der Versicherten 819
 – Dokumentation 689
 – Geschichte 602
 – im Betrieb 601 ff., 689
 – Rechtsgrundlagen 50, 58
 – Risikoermittlung 401
 – Vollzug 113
 Mitwirkungsgesetz 50, 147, 603 f., 605/80
 Mobbing *s. a. Konflikt, zwischenmenschliche Probleme*
 – Arbeitsbelastung 407
 – Begriff 339, 454
 – Begriffsüberdehnung 206, 240, 342
 – betriebsinterne Verfahren 492
 – geeignete Präventionsmassnahmen 481
 – Handlungen 340
 – nationale Regelungen 569
 – Rechtsgrundlagen 105, 112, 166 f.
 – Rechtsprechung 169
 Monotonie 271
 Moraldilemma 327
 Motivation
 – Anreiz 358, 387
 – Arbeitsschutz 196 f.
 – Verhaltensänderung 482, 488
 Muskel-Skeletterkrankung 226, 300, 390, 828

N

Nacht- und Sonntagsarbeit
 – Arbeitszeiten 291
 – Bestimmungen 122
 – Mitsprache 49
 Nachvollzug autonomer 147 ff.

Nebenwirkungen von Prävention 475 ff., 809
 New Public Management 669
 Niederlande
 – Haftungsverschärfung 785, 806/5
 – Prävention 371, 699
 – Vollzug 681, 677
 Normalwert 453
 Norwegen 195, 371/319, 836
 Nutzen, wirtschaftlicher 191, 196 f., 523 f.

O

Offenbarungspflicht 710
 öffentliches Interesse
 – Arbeitsschutz 535, 540, 606, 722, 733
 – Gesamtarbeitsvertrag 590, 594
 – Wirtschaftsfreiheit 539 f.
 Öffentlich-private Partnerschaft 623
 Öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse
 – Fürsorgepflicht 162, 760
 – Geltung ArG 117, 123
 Offizialmaxime 36, 723
 Ökonomisierung 314, 362, 519 ff.
 Organisatorische Ressourcen 104, 383 ff., 393, 865
 Österreich 627/37, 836
 Output
 – Beanspruchungsfolgen 3267, 87 ff.
 – Datenerhebung 425
 – Indikator 416
 – Messbarkeit 411 ff.

P

Pathogenese 217, 279
 Pausen *s.a. Ruhezeit*
 – Bestimmungen 122
 – Messbarkeit 406
 Pensionierung 296, 298, 536, 595, 705
 Pensionskasse *s. berufliche Vorsorge*

Personalbestand
 – der Vollzugsbehörden 315, 639, 696, 850 ff., 858
 – im Betrieb 518, 526, 530 ff., 547
 Personalfluktuation
 – Aufzeichnung 688
 – Führung 355
 – Indikator 415, 523 ff., 708 ff.
 Persönlichkeit 232 ff., 796
 Persönlichkeitsschutz 238 ff.
 – Diskriminierung 345
 – EMRK 145
 – geeignete Präventionsmassnahmen 481
 – Gesamtarbeitsverträge 597 f.
 – Interventionszeitpunkt 444
 Persönlichkeitsstruktur
 – Burnout 393, 754
 – Datenerhebung 425
 – Depression 394, 754
 – Führung 367
 – Gefährdungsanzeige 754, 793
 – Kausalzusammenhang 785 ff.
 – Präsentismus 326
 – Ressourcen 381
 – Schadenersatz 792 f.
 – Vielfalt 367, 559
 Persönlichkeitsverletzung
 – Auswirkungen 232
 – Begriff 237 ff.
 – Fürsorgepflicht 169
 – Kausalzusammenhang 783
 – Prävention 444, 484
 – Rechtsbehelfe ZGB 173, 795 f.
 – Sanktionen 798 ff., 795 ff.
 Pflichten der Arbeitgebenden
 – Arbeitsschutz allgemein 42, 100, 653
 – Aus- und Weiterbildung 55, 605
 – Beizug von Fachleuten 55 ff., 605, 100
 – Pflichtenhierarchie 46
 – Information, Instruktion, Überwachung 321, 739, 776
 – Verbesserung Arbeitsbedingungen 98, 400, 776

- Präventionsbereich 244, 330 f., 507 ff., 547
- Umfang Prävention 732 ff.
- Pflichten der Arbeitnehmenden
- Arbeitsschutz allgemein 43
- Mängelmeldung 48, 747 ff., 793
- Pflichtenheft 106, 124, 453 ff., 526
- Pflichtverletzung
- Beweis 778 ff.
- Erkennbarkeit 774 f.
- Kenntnis der Pflichten 774 ff.
- Polizeirecht 213, 658
- Portugal 677, 836
- Prädisposition, konstitutionelle *s. konstitutionelle Prädisposition*
- Prädisposition, psychische *s. Persönlichkeitsstruktur*
- Prämie *s. a. Beitragspflicht*
- Anpassung 64, 806, 837
- Zuschlag UVG 64, 635 ff., 638, 647
- Präsentismus 254, 326, 412, 700, 739
- Prävention *s. a. Intervention*
- Definition 219, 278, 435 ff., 439
- Funktion 505
- Grundsätze 103, 436
- Konzepte 438 f.
- Wirkung 258 ff., 498 ff.
- Präventionsdefizit Folgen *s. Haftpflicht, Sanktion, Risikotransfer*
- Intervention 360, 460
- Kenntnis 774 ff., 804
- Mahnung 61 ff., 63, 172, 174, 747
- Präventionsmassnahme
- Adressaten 46, 489
- Anerkennung 464
- Ansatzpunkte 457 ff.
- Durchführbarkeit 467
- Eignung 462 ff., 490 ff., 734 ff.
- Erforderlichkeit 495 ff., 734 ff.
- Gefährdungsbeurteilung 568
- Gesamtarbeitsvertrag 599 f.
- Interventionszeitpunkt 469, 472
- Kosten 44, 520 ff.
- laufende Verbesserung 98, 153, 400
- Notwendigkeit 495 ff., 734 ff.
- Nutzen 463, 518 ff.
- Priorität 479 ff., 510 ff.
- Risiko- oder Schutzfaktoren 484 f.
- Umfang 510 ff., 732 ff.
- Wirkung 475 ff., 510, 519
- Zeitpunkt 438 ff., 728, 759
- Zumutbarkeit 514 ff., 742
- Zusammenwirken 477 ff.
- Präventionszuschlag
- IV 655, 858
- KVG 649
- UVG 635 ff., 638, 647
- Privathaushalt 119, 166, 151/150
- Privatleben
- Abgrenzung zu Arbeitswelt 243 f., 507 ff.
- Arbeitszeit 291
- Datenerhebung 424
- Einfluss 252, 379
- ergebnisorientierte Steuerung 366
- Kausalzusammenhang 784, 794, 828
- Planbarkeit 324
- Produktivität 191, 197, 270, 286, 453, 523
- Programmierung
- finale 555, 712, 717
- konditionale 556, 716
- Psychologischer Vertrag 372, 382, 384, 418, 487
- Psychosomatische
- Beschwerden 275, 311, 391 f.
- Erkrankung 416, 646
- Public Private Partnership 623
- Publikation Abgangsbefragung 708 ff.
- Punitive Damages *s. Strafzahlung*

Q

- Qualifikation *s. a. Fachperson, Fachwissen*
- Qualitätsbescheinigung 713
- Qualitätsindikatoren 711

R

- Rachekündigung *s. Kündigungsschutz*
 Rahmenrichtlinie EU 94, 150 ff., 564 ff., 568
 Rahmenvereinbarung Europäische Sozialpartner 270, 579, 591
 Ranking 356, 414, 476
 Ratifikation 137, 168
 Räume 294, 317, 445
 Rechtfertigung 422
 Rechtsdurchsetzung *s. a. Anzeige, Inspektion*
 – Beweisanforderung 781, 830
 – Inkasso 767 f., 799
 – öffentlichrechtliche 36, 723
 – privatrechtliche 172 ff., 179, 723, 767, 799
 – Verfahrenserleichterung 800 f.
 Rechtsgleichheit 190, 367
 Rechtsgut, schützenswertes 131, 216, 232 ff., 242, 476, 515, 795
 Rechtskenntnis 611, 747
 Rechtspflege 312, 378/15
 Rechtssicherheit 185, 189, 192
 Rechtsstaatlichkeit 612, 613
 Reform Sozialversicherungen 655, 854, 858
 Regelungslücke 183, 579
 Regress *s. Sozialversicherungsregress*
 Reorganisation *s. Umstrukturierung*
 Ressourcen
 – Allgemein 263, 377 ff.
 – Beweis 778 ff.
 – Datenerhebung 424 f.
 – Gesamtarbeitsvertrag
 – 595
 – organisatorische 104, 383 ff., 393, 865
 – personale 378 ff., 484, 488
 – soziale 104, 383 ff.
 Rezeptionsklausel 168, 170, 186, 736 f., 761
 Reziprozität 266, 382
 Richtlinie EU 150 ff., 564 f.
 Richtwerte 305
 Risiken, psychosoziale *s. a. Arbeitsbelastung, Ressourcen*
 – ESENER-Studie 199, 605
 – Verstärkung durch Prävention 477
 Risiko
 – Begriff 212
 – erlaubtes 250, 362, 515, 773
 Risikoanalyse *s. a. Gefährdungsbeurteilung*
 Risikobeurteilung *s. Gefährdungsbeurteilung*
 Risikobewertung
 – Eintrittswahrscheinlichkeit 502, 536, 773
 – Schadenspotential 518 f., 536, 617
 Risikoermittlung *s. a. Gefährdungsbeurteilung*
 – Befragung 398 ff., 426
 – Gesundheitsvorsorge 211, 214, 222
 – Mitwirkung 401, 420
 Risikomanagement 211
 Risikoreduktion 46, 211
 Risikotransfer 176, 211, 652 f., 655, 806/8, 812 f., 838, 840
 Rollenkonflikt *s. Vereinbarkeit Beruf/Familie*
 Ruhezeit
 – Begriff 121
 – Ressource 286 ff., 293 ff., 310, 317
 – zusätzliche 471, 491, 523, 592, 739

S

- Salutogenese 217, 279
 Sanktion
 – Arbeitsschutz 36, 63 ff., 136, 353, 591, 670
 – Diskriminierung 171
 – gerichtliche Missbilligung 803
 – Präventionswirkung 38, 202, 675, 718 ff., 795, 797, 857
 – Verhaltenssteuerung 36, 202, 418, 561, 674, 718
 Schaden *s. a. Schadenersatz, Genugtuung, Strafe*
 – Begriff 787, 789

- Potential 518 f.
- Überwälzung 179, 211, 806/8, 812 f., 840
- Wahrscheinlichkeit 522 ff.
- Schadenersatz
 - Bemessung 792 ff., 796 f.
 - Fürsorgepflichtverletzung 172, 176
 - Präventionswirkung 38, 857
 - Reduktion 792 ff.
 - sexuelle Belästigung 789
 - Wiedergutmachung 37 f., 810
- Schadenminderung 439, 844
- Schichtarbeit 154, 291
- Schikane 233, 240, 335, 340 ff., 481
- Schulung *s. Aus- und Weiterbildung*
- Schutzbereich
 - Adressaten 37, 722
 - Arbeitsschutz 220 ff., 235, 241 ff., 244 ff., 330 f., 507 ff., 547, 724 f.
 - Fürsorgepflicht 162, 724 ff., 729 ff.
 - Phase Früherkennung/Frühbehandlung 449, 728, 759
 - Phase Prävention 448, 728
- Schutzfaktoren
 - Arten 383, 387
 - Prävention 460, 484
- Schutzmassnahmen *s. Präventionsmassnahmen*
- Schutzniveau 248, 252
- Schutzziel 210 ff.
- Schweden
 - Arbeitsinspektion 371/322, 492/130, 618/19, 669
 - Arbeitsumwelt 252/135, 665
 - Berufskrankheiten 836
 - Fachwissen Vollzug 640, 665
 - Mobbingregelung 206, 342, 569, 640
- Schweigepflicht 466, 630, 632
- SECO
 - Aufgaben 76, 101 ff.
 - Zuständigkeit 78
- Selbständig Erwerbstätige 156 f., 154 f.
- Selbstgefährdung, interessierte 365
- Selbstverantwortung 250, 358
- Selbstverschulden 768
- Sexuelle Belästigung
 - Arbeitsbelastung 343 ff.
 - Begriff 234
 - Fürsorgepflicht 169, 171
 - Interventionszeitpunkt 444
 - Merkblätter 112
 - Präventionsmassnahmen 105, 171, 481, 492
 - Sanktion 719, 789
- Sichtbarkeit fehlende 499, 690, 743 ff., 750
- Social Medias 703
- soft-law *s. freiwillige Standards, Sozialer Dialog*
- Sozialadäquanz 237, 250, 280, 302, 451, 735
- Soziale Normen 204
- Sozialer Dialog 579, 591
- Sozialpartner
 - Rechtsetzung 41, 52, 94/21, 191, 270, 585, 591, 593
 - Vollzug 52 ff., 83, 142, 572
- Sozialversicherungsleistungen 3, 230, 624, 718, 840, 844
- Sozialversicherungsregress
 - Anspruchsgrundlagen 817 ff.
 - Regressfälle 830 ff.
 - Regressprivileg 838
 - Schadenersatz 767
 - Umfang der Haftung 819
- Sozialwesen 309, 337
- sozioökonomischer Status 264, 327, 287, 379, 385, 825
- Spanien 595, 836
- Sperrfrist *s. Kündigungsschutz*
- Spezialisten *s. Fachleute, ASA*
- Stellenbeschrieb *s. Pflichtenheft*
- Stellenwechsel *s. Abgangsbefragung*
 - Indikator 415, 523 ff., 708 ff.
 - Kausalzusammenhang 784
- Stellvertretung, fehlende 326
- Steuerung *s. Verhaltenssteuerung*
- Steuerung, ergebnisorientierte *s. ergebnisorientierte Steuerung*
- Stichprobe 675
- Stigmatisierung 228, 394, 417, 482, 787

Strafnormen
 – Arbeitsschutz 65 f., 719
 – Wirkung 37, 202
 Strafzahlung 797 ff.
 Streit *s. Konflikte*
 Stress 225, 273 ff.
 Stress-Audit 421
 Stressbewältigung 381, 385, 399, 425
 Stresshaftung 169, 774 ff., 786, 821 ff.
 Submission *s. Beschaffungswesen*
 Subsidiaritätsprinzip 560, 663
 Suchterkrankung 224, 392
 Suchtprävention 90, 187, 241, 390
 Suizid 231, 392, 831
 Suva
 – Finanzierung Vollzug 645 ff.
 – Prävention 68 ff., 72, 79, 850 ff.
 – Tätigkeit 52, 81, 646 f., 580
 Systemkontrolle 566

T

Tarifvertrag *s. Gesamtarbeitsvertrag*
 Teilhaftung 786, 794
 Teilzeitarbeit 296 f.
 Telenarbeit 292, 361, 473, 739
 Tod 224, 231, 392, 831
 Transparenz 708 ff.
 Treuepflicht 163, 680, 757

U

Überbeanspruchung
 – Arbeitsbelastung 303 ff.
 – Belastungsfolgen 391
 – Fürsorgepflicht 167, 735 ff.
 – Interventionszeitpunkt 451 ff.
 – Messbarkeit 406, 419
 – Prävention 90, 97 f., 547, 735
 – Rechtsprechung 169
 Übereinkommen IAO
 – Allgemein 136 ff.
 – Arbeitsaufsicht (Nr. 81) 144, 661, 674
 – Arbeitsumwelt (Nr. 155) 140, 641

– Berufskrankheiten (Nr. 18) 832
 – Gesundheitsvorsorge (Nr. 120) 138 ff., 215
 – Unfälle und Berufskrankheiten (Nr. 121) 833
 Überforderung *s. Überbeanspruchung*
 Überlastanzeige 571, 747
 Übernahmeverschulden 250, 793
 Überstunden/Überzeit
 – Dokumentation 113 f., 125 ff., 596, 686
 – Prävention 463, 473, 739
 Überwachung *s. a. Inspektion, Kontrolle*
 Überwachung der Arbeitnehmenden 99, 110, 332 ff.
 Umfrage *s. Mitarbeitendenbefragung*
 Umstrukturierung
 – Arbeitsbelastung 370, 356 f., 420, 576
 – Präventionsmassnahmen 478, 546
 Umweltschutz 75, 441, 464, 663
 UN Global Compact 591
 Unfallverhütung *s. a. Arbeitsschutz*
 – Geschichte 766 ff., 811
 – Gesundheitsvorsorge 224, 617 f.
 – Haftung 765 ff.
 – Prävention 301, 390, 447, 564
 – Rechtsgrundlage 41
 – Vollzug 71 ff., 75, 616 ff.
 – Wirksamkeit 519, 499
 UNO 133 ff., 591
 Unregelmässige Arbeitszeit 291
 Unterbrechung 307 ff., 850
 Unterforderung 169, 303 ff., 391, 406, 600
 Unterlagen *s. Aufzeichnung*
 Unterlassen 473
 Unternehmen *s. Betrieb*
 Unternehmensbewertung 414
 Urlaub *s. Ferien*
 Urteilswirkung 802 f.
 USA 677

V

Verantwortung *s. Pflichten*

Verbandsklage 800

Verbesserung Arbeitsbedingungen 98, 153, 400

Vereinbarkeit Beruf/Familie 244, 330 f., 507 ff., 547

Vereinbarungen über Präventionsziele 699

Verfahren, betriebsinternes *s. Gefährdungsanzeige, Vertrauensperson*

Verfahrenserleichterung 800 f.

Verfügung 62, 66

Vergabe öffentlicher Aufträge *s. Beschaffungswesen*

Vergangenheitsorientierung 38, 210, 278, 434, 499, 705

Verhaltensprävention 399, 486 ff.

Verhaltenssteuerung *s.a. Programmierung*

– Arbeitsschutz 184, 558, 807

– Empirie 201 ff.

– Führungskräfte 482, 487

– Haftpflicht 804 ff.

– Präventionsmassnahme 483, 503

Verhältnismässigkeit

– Beweis 778 ff.

– Datenerhebung 426

– Prävention 63, 461 ff., 733

– Wirtschaftsfreiheit 539

Verhältnisprävention 399, 483, 486

Verordnung

– Ausführungs- 101 f.

– gesetzvertretende 95, 194, 545

– Gesundheitsvorsorge 96 ff.

Verschiedenheit *s. Vielfalt*

Verschulden 772 f., 777, 791

Verschuldenshaftung 766 ff.

Versicherungsobligatorium 72, 649 ff.

Vertragsfreiheit 531, 535, 548, 583, 741

Vertrauen 382, 686

Vertrauensarbeitszeit 287, 685 f.

Vertrauensarzt 625

Vertrauensperson *s. a. Mediation*

– Aufgaben 401, 749

– Beizug 466, 504, 621

– Präventionsmittel 171, 336, 444, 462, 467, 481, 492

Vertretung der Arbeitnehmenden *s.*

Arbeitnehmendenvertretung

Verursacherprinzip 44, 441, 652, 848

Verwaltung, öffentliche

– Arbeitsbelastungen 337, 687

– Geltung ArG 117, 123

Verwaltungszwang 61, 126

Verzug 739

Vielfalt

– Beanspruchung 376, 388, 458 ff., 552

– Leistungsvermögen 304, 458 ff.

– Persönlichkeitsstruktur 367, 559

– Ressourcen 380 ff., 457

– Schutzbedürftige 252

Vollzug *s. a. Durchführung*

– Ausgestaltung 621 f., 851, 858

– Behörden 640, 667 ff.

– Ermessen 185, 621

– Fachwissen 618, 620 ff.

– Finanzierung 635 ff., 638 ff., 654 f., 852

– neue Ansätze 697 ff.

– Optimierung 618, 642 ff., 677, 762

– Sanktionen 63, 670, 673 ff. 857

– Verfahren 60 ff.

– Zuständigkeit 60, 615, 851

Vollzugsdefizit

– Arbeitsschutz 160 f., 183, 673, 809

– Arbeitszeit 288

– Indikator 645

– Personalbestand 639, 696, 715, 850 ff.

– Regress 820 ff.

Vorgesetzte *s. Führungskräfte*

Vorschlagsrecht *s. Konsultationsrecht*

Vorsorgeeinrichtung *s. Pensionskasse*

Vorsorgeprinzip 441

W

Wahrscheinlichkeit

– Beweis 778 ff.

- Erkrankung 442 ff., 502 ff., 518 f.
 - Grad 451 ff.
 - Präventionswirkung 503 ff., 517 ff.
 - Risikoeintritt 502, 518 f.
 - Schadenseintritt 522 ff.
 - Wechselwirkung 477 f., 510 ff.
 - Wegleitung 101 ff.
 - Weisung
 - Präventionsmittel 103, 171, 444, 473
 - unklare 324 f.
 - Weisungsrecht 48, 124, 346
 - Wertschätzung
 - Arbeitsbelastung 351 ff.
 - Gratifikation 265, 351
 - Konkretisierung 369, 559
 - Ressource 382, 384, 526
 - Wertungsentscheid *s.a. Ermessen*
 - Anwendungsfälle 397, 474, 514 ff.
 - wirtschaftlicher 533, 514 ff.
 - Wertvorstellungen 327 f.
 - Wettbewerb
 - Arbeitsmarkt 710, 809
 - Rechtsgleichheit 190 f.
 - Wettbewerbsfähigkeit 315, 372, 528, 547
 - Wettbewerbsrecht 663, 719, 795
 - Whistleblowing 680, 757
 - Widersprüche 325, 407
 - Wiedereingliederung
 - Invalidenversicherung 255, 822
 - Risikoermittlung 401
 - und Prävention 624
 - Wiedergutmachung 37 f., 810
 - Wirksamkeit
 - Prävention 497 ff., 502 ff., 510 ff.
 - Vollzug 675
 - Wirkung
 - erwartete 463, 517 ff.
 - Wahrscheinlichkeit 502 ff.
 - Wirtschaftsfreiheit
 - Arbeitsschutz 372, 530 ff., 540, 710, 808
 - Beschränkung 539 ff., 544
 - Gesamtarbeitsvertrag 583
 - Verfassungsgrundlage 537 ff.
 - Vertragsfreiheit 531, 535, 548
 - Wissen *s. a. Fachwissen*
 - Präventionsbedarf 505, 739, 774
 - Präventionswirkung 498 ff.
 - Wohlbefinden 217, 448
 - Work-Life-Balance *s. Vereinbarkeit Beruf/Familie*
- Z**
- Zeitdruck
 - Arbeitsbelastung 311 ff., 360, 387
 - Beanspruchungsfolgen 391
 - Feststellung 406 f., 424
 - infolge Prävention 511
 - Präventionsmassnahmen 473, 475, 488, 526
 - Zielvereinbarungen *s. ergebnisorientierte Steuerung*
 - Zugang zum Recht 176, 745, 747
 - Zukunftsperspektive 38, 210, 278, 798
 - Zumutbarkeit 514 ff., 780
 - Zusammenwirken 477 ff., 510 ff.
 - Zustimmung
 - Datenerhebung 422
 - der Arbeitnehmenden 251, 735
 - Zweigleisigkeit *s. Dualismus*
 - Zwischenmenschliche Probleme
 - Arten 334 ff.
 - Datenerhebung 424
 - Folgen 391
 - Haftung 792 ff.
 - Interventionszeitpunkt 444, 454
 - Vollzugsbehörden 666